



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
POSGRADO EN ECONOMÍA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS
CAMPO DE ECONOMÍA INTERNACIONAL

ESTADO, MERCADO E INSTITUCIONES. UN ACERCAMIENTO A LA NUEVA
ECONOMÍA INSTITUCIONAL A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES CONTRA EL
ESTADO MEXICANO ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN ECONOMÍA

PRESENTA:
ALEJANDRO MONTIEL VELÁZQUEZ

TUTOR PRINCIPAL
DRA. MARÍA TERESA GUTIÉRREZ HACES
IIEc-UNAM

MIEMBROS DEL SÍNODO

DR. MIGUEL ÁNGEL RIVERA RÍOS
FACULTAD DE ECONOMÍA-UNAM

DR. PABLO DE LARRAÑAGA MONJARAZ
IIJ-UNAM

DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ
IIJ-UNAM

DR. JOSÉ ANTONIO IBARRA ROMERO
POSGRADO DE ECONOMÍA-UNAM

CIUDAD DE MÉXICO, OCTUBRE DE 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A mi amada madre, María Antonia (mi “Tlacuachón”). Por ser, en cada momento, y aún en el silencio y la distancia, la Voz que me conduce: la Luz que guía mi destino.

A mi padre, Margarito. Porque siempre, desde me ha enseñado, desde que el “mundo es mundo”, que los sueños se consiguen con trabajo y esfuerzo, con dedicación y sacrificio.

A Vicky, mi mamá Vicky. Por habernos demostrado, a mis hermanos y a mí, que, aunque el cuerpo “engendra a los hijos”, el corazón y el alma, son quienes los hacen suyos.

A mi hermano Oscar. Por la confianza depositada para ver en mí, ya no sólo a un hermano, sino además, a un amigo.

A mi hermana Dimna Jazmín. Por soportarme, tolerarme... y aceptarme en las noches de insomnio en las cuales “los sueños se vuelven pesadillas”.

A Bere, mi tercera hermana; una hermana que, aunque nunca busqué, siempre esperé...

A mi adorada Ana Valentina. Esa “muñequita linda, de cabellos de oro, de dientes de perla y labios de rubí...”, que, con su sola presencia, me ha dado la fuerza para afrontar la existencia; y desquitarme de ella de la mejor manera posible: viviendo, sobreviviendo... y reviviendo.

A Temo, por supuesto, porque, desde hace ya más de diez años, “el trato continúa...”.

A la siempre viva “patria de mis muertos”: a mis abuelos Matilde y Martín, Marta y José, a mi tía Flor y a mi tío Francisco. A ustedes, muchas gracias, por su memoria y sus recuerdos.

Finalmente, a ti, *Querida Mía*. Porque hiciste, de mi *Soledad*, mi única, mi mejor... y mi más bella compañía.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México, en general, y al Instituto de Investigaciones Económicas, en particular, por haberme dado la oportunidad, cubriendo los requisitos respectivos, de vivir esa relevadora experiencia que fue la de cursar la Maestría en Economía.

Manifiesto, además, agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM, en particular, a su director, doctor Pedro Salazar Ugarte, por su invaluable apoyo –académico, profesional y personal-, así como por la confianza depositada para permitirme colaborar en la consolidación del departamento de Proyectos Académicos Digitales. Sin duda, los conocimientos adquiridos en la maestría, así como los resultados obtenidos de esta investigación, serán de gran provecho para afrontar sus retos y desafíos.

Doy un sincero agradecimiento a mi asesora, la doctora María Teresa Gutiérrez Haces, investigadora del Instituto de Investigaciones Económicas. Sus recomendaciones, así como su apoyo académico y moral, fueron de sumo provecho para que este proyecto llegara a buen término. Asimismo, expreso mi gratitud, por su aceptación en la conformación del sínodo, al doctor Pablo de Larrañaga Monjaraz y al doctor Manuel Becerra Ramírez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas; así como al doctor Miguel Ángel Rivera Ríos y al doctor Antonio Ibarra Romero, de la Facultad de Economía de la UNAM.

No menos agradecido me encuentro con el doctor Cesar Astudillo, investigador del Instituto y actual Secretario de Servicios a la Comunidad de nuestra Máxima Casa de Estudios, por su gran apoyo académico. Agradezco, además, al invaluable maestro y amigo; en este espacio le expreso mi reconocimiento y gratitud por su respaldo, por sus invaluable consejos y sus sabias enseñanzas, sobre la vida... y sus circunstancias.

Agradezco, asimismo, al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por la beca que me fue proporcionada durante mi permanencia en la maestría.

Finalmente, manifiesto mi gratitud y reconocimiento a quienes, de manera directa o indirecta, contribuyeron a la realización de esta investigación, sea a través de opiniones, recomendaciones, sugerencias e incluso, a través del sano debate y la buena disposición que tuvieron hacia mi persona durante ese largo periodo de “gestación intelectual”. A pesar de lo anterior, la responsabilidad por cualquier error es totalmente mía.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| <u>DEDICATORIAS</u> | 5 |
| <u>AGRADECIMIENTOS</u> | 7 |
| <u>INTRODUCCIÓN</u> | 17 |
| <u>PRIMERA PARTE</u> | 25 |
| <u>CAPÍTULO I</u> | 27 |
| <u>UN ACERCAMIENTO A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL</u> | 27 |
| <u>1.1. Consideraciones iniciales</u> | 27 |
| <u>1.2. Las instituciones: ¿Qué son y cómo se crean?</u> | 29 |
| <i>1.2.1. Concepto de instituciones</i> | 29 |
| <i>1.2.2. Creación y modificación del marco institucional</i> | 32 |
| <u>1.3. Clasificación de las Instituciones</u> | 33 |
| <i>1.3.1. Por su procedimiento de creación</i> | 34 |
| <i>1.3.1.1. Instituciones formales</i> | 34 |
| <i>1.3.1.2. Instituciones informales</i> | 34 |
| <i>1.3.2. Por su jerarquía</i> | 35 |
| <i>1.3.2.1. Instituciones de primer nivel</i> | 35 |
| <i>1.3.2.2. Instituciones de segundo nivel</i> | 35 |
| <i>1.3.2.3. Instituciones de tercer nivel</i> | 36 |
| <i>1.3.2.4. Instituciones de cuarto nivel</i> | 36 |
| <u>1.4. Los costes de transacción: base de la Nueva Economía Institucional</u> | 38 |
| <i>1.4.1. Concepto</i> | 38 |
| <i>1.4.2. Clasificación de los costes de transacción</i> | 41 |
| <i>1.4.3. Causas</i> | 42 |
| <i>1.4.4. Consecuencias</i> | 43 |
| <i>1.4.5. Relación entre costes de transacción e instituciones</i> | 44 |
| <u>1.5. Principales autores de la Nueva Economía Institucional</u> | 45 |
| <i>1.5.1. Ronald Coase</i> | 45 |
| <i>1.5.1.1. La Naturaleza de la Empresa</i> | 46 |
| <i>1.5.1.2. El problema del coste social</i> | 47 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----------|
| <u>1.5.2. Douglass North</u> | 49 |
| <u>1.5.2.1. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.</u> | 50 |
| <u>1.5.2.2. Violencia y órdenes sociales</u> | 51 |
| <u>1.5.3. Oliver Williamson</u> | 51 |
| <u>1.5.3.1. Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust</u> | 52 |
| <u>1.5.3.2. Las instituciones económicas del capitalismo</u> | 53 |
| <u>1.5.4. Otros autores</u> | 54 |
| <u>1.5.5. Características en común</u> | 56 |
| <u>1.6. Crítica y posición de la Nueva Economía Institucional ante algunos supuestos neoclásicos</u> | 57 |
| <u>1.6.1. El Mercado, según la Nueva Economía Institucional</u> | 58 |
| <u>1.6.2. La elección de los individuos</u> | 59 |
| <u>1.6.3. La información económica</u> | 61 |
| <u>1.7. Derechos de propiedad</u> | 67 |
| <u>1.7.1. Definición de derechos de propiedad</u> | 67 |
| <u>1.7.2. Derechos de propiedad, según la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional</u> | 69 |
| <u>1.7.3. Modalidades de los derechos de propiedad</u> | 69 |
| <u>1.7.4. Mecanismos de creación</u> | 70 |
| <u>1.7.5. Clasificación</u> | 71 |
| <u>1.7.6. Repercusiones en la actividad económica</u> | 72 |
| <u>1.8. Consideraciones finales</u> | 74 |
| <u>CAPÍTULO II</u> | 77 |
| <u>FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, SEGÚN LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL</u> | 77 |
| <u>2.1. Consideraciones generales</u> | 77 |
| <u>2.2. La concepción de Estado para la Nueva Economía Institucional</u> | 81 |
| <u>2.2.1. Concepto</u> | 81 |
| <u>2.2.2. Origen</u> | 83 |
| <u>2.2.3. Naturaleza</u> | 85 |
| <u>2.2.4. El Estado como organización y como institución</u> | 87 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|------------|
| <i>2.2.5. La justificación de su existencia</i> | 89 |
| <i>2.2.6. Ventajas y desventajas de la participación del Estado en el intercambio económico</i> | 93 |
| <u>2.3. Las funciones del Estado</u> | 94 |
| <i>2.3.1. Su papel como creador del marco institucional</i> | 95 |
| <i>2.3.1.1. Como creador de la Constitución</i> | 96 |
| <i>2.3.1.2. Como creador de instituciones reglamentarias</i> | 97 |
| <i>2.3.2. Su función como vigilante de la observancia de las instituciones</i> | 99 |
| <i>2.3.3. Su función como reductor de los problemas de información</i> | 101 |
| <i>2.3.3.1. Con respecto a la información pública</i> | 102 |
| <i>2.3.3.2. Con respecto a la información privada</i> | 102 |
| <u>2.4. Principales causas de la ineficiencia del marco institucional</u> | 105 |
| <i>2.4.1. Falta de capacidad del Estado</i> | 105 |
| <i>2.4.2. Contraposición de las institucionales formales con informales</i> | 107 |
| <i>2.4.3. Ausencia de consenso social en su elaboración</i> | 108 |
| <i>2.4.4. Problemas de vigilancia relacionados con la teoría de la agencia</i> | 109 |
| <i>2.4.5. Arbitrariedad gubernamental</i> | 110 |
| <i>2.4.5.1. Corrupción</i> | 110 |
| <i>2.4.5.2. Discrecionalidad</i> | 111 |
| <u>2.5. Consecuencias de la ineficiencia institucional en la actividad económica</u> | 113 |
| <i>2.5.1. Subdesarrollo</i> | 113 |
| <i>2.5.2. Suboptimalidad de la producción</i> | 114 |
| <i>2.5.3. Desigualdad económica y social</i> | 115 |
| <i>2.5.4. Mayores costes sociales</i> | 116 |
| <u>2.6. Consideraciones finales</u> | 118 |
| <u>SEGUNDA PARTE</u> | 125 |
| <u>CAPÍTULO III</u> | 125 |
| <u>UN ACERCAMIENTO DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO AL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES</u> | 125 |
| <u>3.1. Consideraciones generales</u> | 125 |

| | |
|---|------------|
| <u>3.2. Panorama general del CIADI</u> | 127 |
| <u>3.2.1. Génesis del Centro</u> | 127 |
| <u>3.2.2. Naturaleza</u> | 129 |
| <u>3.2.3. El CIADI como institución y como organización</u> | 131 |
| <u>3.2.3.1. Como institución</u> | 131 |
| <u>3.2.3.2. Como organización</u> | 132 |
| <u>3.2.4. Razón de ser del CIADI</u> | 133 |
| <u>3.3. El CIADI y los costes de transacción</u> | 134 |
| <u>3.3.1. En razón de la complejidad de las transacciones</u> | 135 |
| <u>3.3.1.1. Complejidad material</u> | 135 |
| <u>3.3.1.2. Complejidad subjetiva</u> | 136 |
| <u>3.3.1.3. Complejidad institucional</u> | 136 |
| <u>3.3.2. En razón de la especificidad de los activos</u> | 137 |
| <u>3.3.2.1. Definición y clasificación</u> | 137 |
| <u>3.3.2.2. La especificidad y su relación con el CIADI</u> | 138 |
| <u>3.4. Inversión extranjera, derechos de propiedad y el CIADI</u> | 139 |
| <u>3.4.1. Los derechos de propiedad y la inversión extranjera directa</u> | 139 |
| <u>3.4.2. Principios para la asignación de los derechos de propiedad</u> | 141 |
| <u>3.4.2.1. Según el marco institucional nacional</u> | 141 |
| <u>3.4.2.2. Según el marco institucional internacional</u> | 143 |
| <u>3.4.2.2.1. Principio de Trato Nacional</u> | 144 |
| <u>3.4.2.2.2. Principio de Nación más Favorecida</u> | 145 |
| <u>3.4.2.2.3. Principio de Nivel Mínimo de Trato</u> | 146 |
| <u>3.4.3. La expropiación y los derechos de propiedad</u> | 146 |
| <u>3.4.3.1. Definición</u> | 147 |
| <u>3.4.3.2. Tipos de expropiación</u> | 148 |
| <u>3.4.3.2.1. Expropiación directa</u> | 148 |
| <u>3.4.3.2.2. Expropiación indirecta</u> | 148 |
| <u>3.4.3.3. Derechos de propiedad y el CIADI</u> | 150 |
| <u>3.5. Objetivos del CIADI, según la Nueva Economía Institucional</u> | 151 |
| <u>3.5.1. Coordinador del diseño del marco institucional</u> | 151 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|------------|
| <i>3.5.2. Como delimitador de los derechos de propiedad</i> | 152 |
| <u>3.6. Marco institucional y estructura del CIADI</u> | 154 |
| <i>3.6.1. Marco Institucional</i> | 154 |
| <i>3.6.1.1. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados</i> | 154 |
| <i>3.6.1.1.1. Origen</i> | 154 |
| <i>3.6.1.1.2. Naturaleza</i> | 155 |
| <i>3.6.1.1.3. Contenido</i> | 156 |
| <i>3.6.1.1.4. Instituciones derivadas del Convenio de Washington</i> | 157 |
| <i>3.6.1.2. Reglamento del Mecanismo Complementario</i> | 157 |
| <i>3.6.1.2.1. Origen</i> | 157 |
| <i>3.6.1.2.2. Naturaleza</i> | 158 |
| <i>3.6.1.2.3. Contenido</i> | 159 |
| <i>3.6.1.2.4. Instituciones derivadas del Mecanismo Complementario</i> | 159 |
| <i>3.6.2. Estructura interna</i> | 160 |
| <i>3.6.2.1. Consejo Administrativo</i> | 160 |
| <i>3.6.2.1.1. Organización interna</i> | 160 |
| <i>3.6.2.1.2. Funciones</i> | 161 |
| <i>3.6.2.2. Secretariado</i> | 162 |
| <i>3.6.2.2.1. Organización interna</i> | 162 |
| <i>3.6.2.2.2. Funciones</i> | 162 |
| <i>3.6.2.2.3. Limitaciones al Secretariado</i> | 163 |
| <u>3.7. Consideraciones finales</u> | 165 |
| <u>CAPÍTULO IV</u> | 171 |
| <u>EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES</u> | 171 |
| <u>4.1. Consideraciones generales</u> | 171 |
| <u>4.2. La relación entre el CIADI y el Estado mexicano</u> | 173 |
| <i>4.2.1. El cambio de modelo de política económica en México</i> | 173 |
| <i>4.2.2. El acceso al CIADI a través de los tratados internacionales</i> | 175 |
| <i>4.2.2.1. A partir de los tratados comerciales internacionales</i> | 175 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|------------|
| <u>4.2.2.2. A partir de los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones</u> | 177 |
| <u>4.2.3. El recuento de los casos presentados contra México</u> | 177 |
| <u>4.2.4. Aproximación a los casos concluidos bajo el Mecanismo Complementario</u> | 178 |
| <u>4.2.4.1. Robert Azinian and others v. United Mexican States</u> | 179 |
| <u>4.2.4.2. Metalclad Corporation v. United Mexican States</u> | 181 |
| <u>4.2.4.3. Waste Management, Inc. v. United Mexican States I</u> | 183 |
| <u>4.2.4.4. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States</u> | 183 |
| <u>4.2.4.5. Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States</u> | 185 |
| <u>4.2.4.6. Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States</u> | 186 |
| <u>4.2.4.7. Waste Management, Inc. v. United Mexican States II</u> | 188 |
| <u>4.2.4.8. Corn Products International, Inc. v. United Mexican States</u> | 189 |
| <u>4.2.4.9. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States</u> | 190 |
| <u>4.2.4.10. Gemplus y Talsud v. United Mexican States</u> | 191 |
| <u>4.2.4.11. Cargill, Incorporated v. United Mexican States</u> | 193 |
| <u>4.2.4.12. Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States</u> | 194 |
| <u>4.3. Resultados de las decisiones arbitrales</u> | 196 |
| <u>4.3.1. Un primer balance</u> | 196 |
| <u>4.3.2. Costes derivados de las decisiones</u> | 197 |
| <u>4.3.2.1. Costes procesales</u> | 197 |
| <u>4.3.2.2. Indemnizaciones</u> | 198 |
| <u>4.3.3. Principios violentados por la actividad estatal</u> | 200 |
| <u>4.4. El diagnóstico</u> | 203 |
| <u>4.4.1. El marco institucional</u> | 203 |
| <u>4.4.1.1. Desarmonización entre instituciones formales e informales</u> | 204 |
| <u>4.4.1.2. Inestabilidad institucional</u> | 205 |
| <u>4.4.2. Los derechos de propiedad</u> | 206 |
| <u>4.4.2.1. Modalidades</u> | 206 |
| <u>4.4.2.2. Pérdida de valor de los activos</u> | 208 |
| <u>4.4.3. Problemas relacionados con el intercambio</u> | 209 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|------------|
| <i><u>4.4.3.1. El mercado</u></i> | 210 |
| <i><u>4.4.3.2. La elección</u></i> | 211 |
| <i><u>4.4.3.3. Información</u></i> | 213 |
| <i><u>4.4.4. El comportamiento del Estado</u></i> | 215 |
| <i><u>4.4.4.1. Arbitrariedad gubernamental</u></i> | 215 |
| <i><u>4.4.4.2. Comportamiento de las agencias públicas</u></i> | 217 |
| <i><u>4.4.4.3. Problemas relacionados con la naturaleza del Estado</u></i> | 218 |
| <u>4.5. Consideraciones finales</u> | 221 |
| <u>CONCLUSIONES FINALES</u> | 225 |
| <u>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA</u> | 237 |
| <i><u>a) Libros</u></i> | 237 |
| <i><u>b) Artículos de revistas</u></i> | 250 |
| <i><u>c) Normatividad</u></i> | 261 |
| <i><u>d) Laudos arbitrales</u></i> | 262 |
| <i><u>e) Sitios de Internet</u></i> | 262 |

INTRODUCCIÓN

I

Con la publicación de *La naturaleza de la empresa* (1937) y *El problema del coste social* (1960), Ronald Harry Coase, a través de una nueva forma de entender y analizar los fenómenos económicos, fundó la Nueva Economía Institucional (NEI). En efecto, con la incorporación de la noción de costes de transacción, los derechos de propiedad y la visión económica de las instituciones, este economista desarrolló un enfoque más amplio, completo y realista de la ciencia económica. De esta manera, retomaba las variables institucionales; variable que, desde los seguidores de Alfred Marshall, había quedado como un elemento exógeno dentro de los modelos económicos -matemáticos en su mayoría-, tan venerados por los economistas de la corriente ortodoxa.

A partir de la publicación de estos trabajos, numerosos autores siguieron sus recomendaciones -en particular, las derivadas del llamado *Teorema de Coase*- para estudiar el fenómeno de las transacciones entre los agentes, no ya como el mero intercambio de bienes y servicios, sino de los derechos de propiedad que permiten disponer de éstos. En este sentido, demostraron la existencia de costes relacionados con la búsqueda de información (ya que la información, argumentaban, no era adquirida de manera gratuita), por la negociación de los acuerdos (formalizados en los contratos), por la vigilancia del cumplimiento de los mismos y, en caso de su inobservancia, los gastos necesarios para conseguirlo; es decir, la posibilidad de llevar a cabo negociaciones, o bien, acudir a mecanismos jurisdiccionales o alternativos -es decir, tribunales o procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, según fuera el caso- para conseguir, por medio de la coerción, el acatamiento de dichos acuerdos o, cuando fuere el caso, la posibilidad de obtener la reparación del perjuicio sufrido por dicho incumplimiento.

Aunado a lo anterior, los economistas neoinstitucionales comenzaron a interesarse por numerosas áreas de las ciencias de la conducta humana que, hasta años antes, se habían dejado a un lado. Así, por ejemplo, el economista e historiador Douglass North explicó el papel del Estado como generador del cambio institucional; también, cómo las instituciones establecidas en un espacio y un tiempo determinados pueden incentivar -o bien, obstaculizar- el crecimiento económico. Por otra parte, Oliver Williamson desarrolló lo que se conoce

INTRODUCCIÓN

como “Nueva Organización Industrial”, es decir, el funcionamiento y estructura de las firmas, a partir del postulado de los costes de transacción. Mancur Olson estudió el papel de los grupos sociales en la elaboración del marco institucional y ejecución de las políticas públicas en materia económica, mientras que Harlod Demsetz pretendió sentar las bases de una teoría económica sobre los derechos de propiedad (Demsetz, 1967). Incluso, se generaron los cimientos de un nuevo método para estudiar el sistema jurídico: el Análisis Económico del Derecho; un enfoque que, si bien partió de una incorrecta comprensión del *Teorema de Coase*, ha ofrecido interesantes explicaciones en áreas como el derecho de la competencia económica y de las telecomunicaciones, el derecho de daños, el derecho laboral, de la responsabilidad civil, o bien, en las áreas del derecho penal.

II

La presente investigación tiene por objeto exponer un diagnóstico, bajo la metodología desarrollada por la NEI, sobre cuatro aspectos fundamentales de la inversión extranjera directa (IED) en México: el marco institucional, los derechos de propiedad, el sistema de mercado y la participación del Estado en dicha actividad. Para ello, serán revisados los catorce laudos emitidos por los tribunales constituidos mediante el *Mecanismo Complementario* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) hasta la fecha, ya que éstos proporcionan información relevante para comprender los fenómenos mencionados.

En este sentido, debemos mencionar que, si bien, como expondremos en el Capítulo IV, se han llevado a cabo procedimientos arbitrales tomando en consideración las llamadas *Reglas de Arbitraje* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), consideramos pertinente utilizar únicamente las resoluciones o laudos emanados del arbitraje del CIADI, en particular, por las siguientes razones:

- a) El *Mecanismo Complementario* ha sido utilizado en la mayoría de las ocasiones, únicamente para el caso mexicano, en catorce ocasiones, mientras que, el establecido bajo las reglas de la CNUDMI, sólo dos;
- b) Ha sido más aceptado por los Estados y los inversionistas; sobre todo, a partir del auge de la suscripción de Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las

INTRODUCCIÓN

Inversiones (APPRI o BITs, por sus siglas en inglés), ocurrido, como veremos en su momento, en la década de los noventas. Esta situación ha permitido observar, en los laudos emitidos, las tendencias en el tratamiento de la IED a nivel global;

- c) El acceso al arbitraje del *Mecanismo Complementario* es administrado, directamente, por un organismo internacional: el CIADI, órgano del grupo del Banco Mundial; mientras que, en el caso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, no es el caso. Esta situación convierte al primero, según la teoría arbitral, en un arbitraje institucional,¹ mientras que el segundo es considerado como *ad hoc*;²
- d) Derivado de lo anterior, el *Mecanismo Complementario* del CIADI es capaz de realizar una coerción simulada hacia los Estados por medio de presiones -es decir, no sólo de naturaleza legal, sino económicas y políticas- para exigir el cumplimiento del laudo, lo cual no puede ocurrir en el caso de una resolución bajo el mecanismo de la CNUDMI. Esta situación hace que el CIADI se convierta, como veremos en el Capítulo IV, en una especie de “vigilante”, de la armonización del marco institucional nacional con el internacional, así como del comportamiento del propio Estado en relación con la certeza y protección de los derechos de propiedad relacionados con la inversión extranjera directa;
- e) Siguiendo con esta misma línea, y en cuanto a la naturaleza del marco institucional, las *Reglas de Arbitraje* de la CNUDMI corresponden a lo que se conoce como una “Ley Modelo”,³ mientras que el *Mecanismo Complementario* tiene una naturaleza menos abstracta y genérica,⁴ y
- f) Actualmente, existe en nuestro país un amplio debate sobre los beneficios -y perjuicios- que generaría la suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (*Convenio de Washington*). En particular, porque, al ser un arbitraje administrado por un organismo, existe la posibilidad de que los laudos arbitrales sean revisados por un

¹ Es decir, regulado, administrado y organizado directamente por una institución previamente existente.

² Lo anterior significa que las partes, sin intervención de una institución, acuerdan el establecimiento del Tribunal, y una vez resuelta la diferencia, éstos mismos se encargan de buscar el cumplimiento del laudo.

³ Una ley modelo es aquella que puede ser adoptada por las partes, o bien, por acuerdo de las mismas, modificar alguno de sus apartados. Asimismo, no tiene carácter obligatorio y sirve como “marco de referencia” para el establecimiento de las etapas de un procedimiento legal.

⁴ Asimismo, a diferencia de una Ley Modelo, los preceptos del *Mecanismo Complementario* no pueden ser modificados sin autorización, no sólo de las partes, sino del propio secretario General del CIADI.

segundo tribunal internacional (lo que no puede ocurrir en uno establecido mediante el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

III

En los cuatro capítulos que lo componen, presentaremos los elementos teóricos, la información de los laudos, y el propio análisis y diagnóstico. El primero, titulado “Un acercamiento a la Nueva Economía Institucional”, ofrece un panorama general sobre los fundamentos de esta corriente heterodoxa de la ciencia económica; en particular, exponemos el concepto de instituciones y los mecanismos de creación. Asimismo, los criterios sugeridos por los autores para establecer su clasificación. De igual manera, desarrollamos, para comprender el tema de los costes de transacción:⁵ su concepto, clasificación, causas que le originan, consecuencias, su relación con las instituciones, así como las críticas que este postulado ha recibido por algunos autores.

Posteriormente, exponemos un acercamiento a los autores más representativos de la NEI, a saber: Ronald Coase, Douglas North y Oliver Williamson; estudiamos algunas de sus principales obras y aportaciones que han enriquecido este enfoque. Por otra parte, hacemos un acercamiento a otros científicos sociales que han proporcionado diversos elementos retomados por esta escuela; enseguida, presentamos las algunas críticas que ofrece esta escuela a la Economía Neoclásica, en particular, en relación con tres aspectos: al mecanismo de mercado, la elección de los individuos y la información económica disponible. Finalmente, dedicamos un apartado al enfoque neoinstitucional de los derechos de propiedad: su definición, modalidades, mecanismos de creación, clasificación y sus repercusiones en la actividad económica.

En el Capítulo II, “Función del Estado en la Economía, según la Nueva Economía Institucional”, sentamos las bases que esta escuela ofrece en relación con esta organización. En primer lugar, exponemos cómo lo entiende, es decir, su concepto, origen, naturaleza, su enfoque como institución y organización, los argumentos que han justificado su existencia,

⁵ En una primera aproximación, podemos definirlos como los gastos derivados por la utilización del sistema de mercado, es decir, por la celebración de un contrato por el que se acuerda el intercambio de los derechos de propiedad de los factores de producción (Méndez Ramírez, 2005, p. 141) (Salgado, 2003, pp. 63 y 64). Difieren de los costes de producción debido a que, mientras que los primeros son aquellos que surgen por: la búsqueda de información; la planeación, negociación y celebración del contrato, y vigilancia del cumplimiento de los éstos (Groenewen *Et al.*, 2010 pp. 22-25), los de producción son en los que incurre un agente para la elaboración de un bien y la prestación de un servicio. Una mayor explicación se encuentra en el apartado 1.4.

así como las ventajas y desventajas de su participación en el intercambio económico. Posteriormente, explicamos las funciones más relevantes que los autores han sugerido, entre las que destacan, tres: su papel como creador del marco institucional, como vigilante de las instituciones, y como reductor de los problemas relacionados con la información, tanto pública como privada.

Enseguida, dedicamos un apartado a las principales causas que, desde nuestra perspectiva, provocan un marco institucional ineficiente: la falta de capacidad del Estado para vigilarlas, el antagonismo entre las instituciones formales con las de naturaleza informal, la ausencia del consenso social en su creación, problemas de la vigilancia del comportamiento de sus agencias, así como la arbitrariedad gubernamental, traducida en corrupción y discrecionalidad. Finalmente, exponemos las consecuencias de dicha ineficiencia, de las cuales sobresalen cuatro: subdesarrollo, suboptimalidad en la producción, desigualdad económica y social, y aumento en los costes sociales.

El Capítulo III, denominado “Aproximación neoinstitucional al Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”, incluye un breve análisis de esta organización, a partir de los postulados que ofrece la NEI. Para ello, en un primer apartado, exponemos sus orígenes, su naturaleza, su enfoque como institución y como organización, así como la *raison d'être* de este arreglo institucional. Posteriormente, exponemos su relación con los costes de transacción, los cuales, por lo que respecta a los derechos de propiedad relacionados con la IED (es decir, el objeto material de este instrumento de solución de controversias), surgen de dos aspectos: en razón de la complejidad de las transacciones, y en razón de la especificidad de los activos, entendidos estos últimos como los bienes, servicios y derechos que se encuentran en posesión de un agente (en este caso, de un inversionista).

Líneas después, explicamos la relación entre la IED, los derechos de propiedad y el CIADI. Para ello proponemos, en un apartado, el enfoque de la importación de activos, no como la mera transferencia de capitales de un país a otro (como sugiere el enfoque tradicional), sino como la adquisición de derechos en un territorio por un inversionista, nacional de otro Estado. Lo anterior nos permite introducir el tema de los principios para la asignación de los derechos de propiedad, los cuales pueden ser, como podrá leerse, nacionales o internacionales. Aunado a lo anterior, profundizamos sobre el tema de la expropiación (principal causa de las controversias surgidas ante el CIADI); de manera más

específica, enunciamos su definición, los tipos de expropiación y su relación con los derechos de propiedad.

Inmediatamente después, exponemos los objetivos del CIADI, los cuales pueden encontrarse en los documentos oficiales del Centro (el *Informe de los Directores* y en el *Convenio de Washington*), pero también a partir de un análisis detallado, a través de los preceptos establecidos por la NEI, del Centro en su conjunto, a saber: su función como coordinador del diseño de los instrumentos institucionales nacionales, y como delimitador de los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros. Asimismo, damos una explicación sobre el marco institucional que regula su actuación; en particular, del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, comúnmente llamado *Convenio de Washington*, así como del *Reglamento del Mecanismo Complementario*. El primero, de naturaleza “cuasi-constitucional”, ya que da forma a la estructura del CIADI, y de éste derivan los reglamentos, entre los que sobresalen los de conciliación y arbitraje; mientras que, el segundo, ofrece los lineamientos para establecer un mecanismo de arbitraje para los Estados no suscriptores del primero; mecanismo que, por esta causa, ha sido utilizado por el Estado mexicano en la solución de diversas controversias con inversionistas extranjeros.

Culminamos este apartado con el estudio de las dos agencias que componen el CIADI, a saber: el Consejo Administrativo y el Secretariado; en particular, exponemos su integración, así como las funciones y obligaciones que le corresponden a cada una.

En Capítulo IV, “El diagnóstico a partir de los laudos arbitrales”, exponemos el análisis principal de este trabajo. En efecto, al tomar en consideración los elementos teóricos expuestos en los capítulos anteriores, ofrecemos un estudio detenido de los aspectos mencionados anteriormente (instituciones, derechos de propiedad, mercado y Estado). Para ello, en el primer apartado exponemos, de manera breve, el contexto social y económico por medio del cual se inició el proceso de reforma económica e institucional de nuestro país, ocurrido a partir de 1988 y consolidado con la suscripción, en diciembre de 1992, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); asimismo, las formas por las cuales, tanto el TLCAN como otros instrumentos internacionales -sean tratados de libre comercio, o bien, los APPRI suscritos por nuestro país- pueden considerarse como medios para acceder

INTRODUCCIÓN

a los procedimientos de solución de controversias administrados por el CIADI, tanto los regulados por el *Convenio de Washington*, como por el *Mecanismo Complementario*.

Más adelante, exponemos una breve reseña de cada uno de los catorce casos concluidos y llevados a cabo bajo los lineamientos del *Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario*, en los que ha participado nuestro país como parte demandada; en particular, resaltamos los elementos que nos serán de utilidad para la composición de los posteriores apartados: una breve reseña histórica, las causas de la demanda, los principales argumentos de las partes, los principios violentados, las decisiones de los tribunal arbitral sobre la responsabilidad -o no- del estado mexicano y, si ha sido el caso, el monto de las indemnizaciones. De igual manera, posteriormente enunciamos un primer balance, exponiendo los costes derivados -tanto procesales como indemnizatorios- de las decisiones emitidas; asimismo, analizamos los principios sobre el tratamiento a la IED que fueron violentados o trasgredidos por el Estado mexicano, a través de los diversos actos, sea a través de sus agencias -dependencias y *subdependencias*-, o bien, a través de las entidades federativas que componen la federación.

Posteriormente, presentamos el análisis sobre los aspectos enunciados anteriormente; en particular, las deficiencias del marco institucional relacionado con la IED, así como los derechos de propiedad, el intercambio y el comportamiento del Estado. Por lo que respecta al primer punto, demostraremos su desarmonización y su inestabilidad; en relación con los derechos, el ineficiente establecimiento de las modalidades y la pérdida del valor de los activos; los relacionados con el intercambio, expondremos los argumentos sobre la desfragmentación del mercado y los problemas en la elección, así como la situación de la información disponible. Finalmente, demostramos el incorrecto -desde la perspectiva económica, por supuesto- funcionamiento del Estado; en particular, la arbitrariedad y la discrecionalidad de sus agencias, así como su actuación como instrumento de un grupo de poder.

Por último, finalizamos esta investigación presentando las principales conclusiones obtenidas a lo largo de su desarrollo.

III

Además de la exposición del diagnóstico sobre los cuatro aspectos enunciados, la presente investigación persigue algunos objetivos adicionales, relacionados con la IED; éstos pueden clasificarse en metodológicos y teóricos. Por lo que respecta los de la primera categoría, pretendemos demostrar que el aparato metodológico de la NEI puede ser utilizable para desarrollar un acercamiento al tema de la transferencia de capitales, con una visión novedosa y más realista y, hasta este momento, nunca realizada.

Por otra parte, en relación con los objetivos teóricos, pretendemos aportar elementos para generar un análisis más integral sobre esta actividad. Y es que, si bien ha sido estudiado, de manera paralela, tanto por la ciencia jurídica (en particular, por el derecho económico internacional), como por la ciencia económica (a través de la macroeconomía), los resultados de las mismas han sido parciales. Un esbozo, bajo la óptica de la NEI, reiteramos, permitirá comprenderla desde una perspectiva más integral y acorde a las necesidades actuales.

Finalmente, nos permitirá localizar, en futuras investigaciones, las “zonas grises” dentro del ambiente institucional relacionado con la transferencia de capitales. De esta manera, será posible detectar las soluciones precisas para incentivar un mayor volumen de inversiones, asegurar la protección de los derechos de propiedad derivados de los mismos, controlar, en mayor y mejor medida, la actividad estatal, y, de manera muy especial, localizar los determinantes necesarios para impulsar el desarrollo y el crecimiento económico, a través de las modificaciones y aplicación del marco institucional, así como la instauración de las políticas públicas necesarias para tales efectos.

...La política económica consiste en elegir aquellas reglas legales, procedimientos y estructuras administrativas que maximicen el valor de la producción. De cualquier manera, describir los efectos que se producirán sobre el funcionamiento del sistema económico al variar la situación legal no es fácil, si bien se está progresando como resultado de las investigaciones de economistas dedicados a ese nuevo tema: «el derecho y la economía». Confío en que, a medida que los economistas tomen conciencia del carácter poco satisfactorio del enfoque corriente, la cantidad de los que dediquen su talento a esta labor aumentará. La política económica implica una elección entre instituciones sociales alternativas, las que son creadas por la ley o dependen de la misma. La mayoría de los economistas no ven el problema de esta manera. Ellos describen un sistema económico ideal, y después, comparándolo con lo que observan (o lo que piensan que observan), prescriben lo que es necesario hacer para alcanzar ese estado ideal, sin mucha consideración de cómo podría realizarse. El análisis se realiza con un gran ingenio pero flota en el aire. Se trata, como yo la he denominado, de “economía de pizarra”...

Ronald Coase
La empresa, el mercado y la ley

...las economías que adoptan las reglas formales de otro sistema económico tendrán características de desempeño muy diferentes debido a las distintas normas informales y su aplicación. Esto implica que la transferencia de reglas políticas y económicas formales de economías de mercado occidentales exitosas hacia economías del Tercer Mundo o de la Europa Oriental no es una condición suficiente para una buena marcha económica. La privatización no es una panacea para resolver un mal desempeño económico.

Douglass North
El desempeño económico a lo largo del tiempo

La defensa de la libertad tiene que ser dogmática, sin concesión alguna al oportunismo, aun cuando no sea posible demostrar que, al margen de los efectos positivos, su infracción pueda comportar algunas consecuencias perjudiciales. La libertad sólo puede prevalecer si se acepta como principio general cuya aplicación a casos particulares no tiene necesidad de justificarse.

Friedrich Hayek
Derecho, Legislación y Libertad

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

UN ACERCAMIENTO A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

1.1. Consideraciones iniciales

El objetivo de este capítulo es la exposición del marco teórico respalda el enfoque conocido como Nueva Economía Institucional; su propósito principal es presentar una introducción a los conceptos básicos y, en consecuencia, explicar los instrumentos metodológicos que serán utilizados en la elaboración y desarrollo de los siguientes capítulos.

Para tal efecto, lo hemos dividido en las siguientes secciones: en la primera, correspondiente al concepto y mecanismo de creación de las instituciones, expondremos algunas de las definiciones propuestas por algunos de los economistas más notables de esta escuela; asimismo, presentaremos tres mecanismos de creación que han sido adoptados por los autores: el enfoque *evolucionista*, el *histórico*, y el *contractualista*, dándole mayor profundidad al último, debido a que ha sido ampliamente aceptado por los economistas neoinstitucionales.

Líneas después, presentamos las clasificaciones más utilizadas: a) por su procedimiento de creación; b) por su jerarquía, y c) por su materia. La descripción tiene una doble finalidad: por una parte, comprender, de mejor manera, sus diversas perspectivas, y por otra, dejar sentada una base de referencia para el estudio de los consecuentes apartados; por ejemplo, los arreglos institucionales relacionados con el Estado, el que compone el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas Inversiones (en adelante, CIADI), y, por supuesto, la eficiencia del marco institucional mexicano que fue creado a partir del proceso de privatización, iniciado a finales de los años ochenta. Además, proponemos un cuadro que complementa las nomenclaturas anteriores.

En un apartado posterior, iniciamos con el análisis de lo que se ha considerado como uno de los tres pilares de esta escuela, a saber: los llamados *costes de transacción*.¹ En particular, enunciaremos su concepto, su clasificación, los elementos que le dan origen y las consecuencias de su existencia. Finalmente, presentamos la relación entre éstos con las instituciones, así como la crítica que se ha realizado a esta variable del modelo neoinstitucional.

¹ Los otros dos, son revisados por la teoría de los derechos de Propiedad y la Teoría de la Agencia.

Posteriormente, exponemos las principales obras e ideas de los autores más destacados en el tema -en particular, tres-, quienes sentaron los fundamentos más utilizados de la Nueva Economía Institucional: Ronald Coase, Douglass North y Oliver Williamson. De igual manera, nos acercamos a las obras de otros autores que han contribuido a enriquecer la metodología de esta escuela. Para una mejor visión de sus ideas, incluimos, al final de la sección, algunas características que les semejan y que han originado una verdadera sistematización de este enfoque heterodoxo.

Enseguida, exponemos la crítica que la economía neoinstitucional ha desarrollado a las principales características que forman parte de la metodología de la Escuela Neoclásica. En particular, nos referiremos a su posición frente al mercado, a la elección de los individuos, a la situación de la información económica y a los derechos de propiedad. Como observaremos -y se comprobará a partir de la lectura de este apartado-, tales conceptos no son negados, sino *matizados*, con el objetivo de aplicarlos al estudio de una perspectiva “más realista”, como ha sido mencionado por autores como George Stigler.

Finalmente, estudiaremos, con mayor detenimiento, el tema de los *derechos de propiedad*; tema que, como demostraremos, resulta de suma importancia, en razón de que los procesos arbitrales bajo el *Mecanismo Complementario* del CIADI han sido iniciados a partir de una afectación de los derechos del inversionista extranjero por la violación a los principios en materia de inversión extranjera directa (en adelante, IED) (como los actos de expropiación indirecta),² por un acto de algún organismo público. Para ello, presentamos diversas definiciones, incluyendo la nuestra; asimismo, la diferencia de la perspectiva desde la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional, las modalidades que el Estado plantea para su utilización, los mecanismos de creación y formalización a partir del enfoque *contractualista*, así como su clasificación y las principales consecuencias de su falta de delimitación por el Estado a través de sus agentes y órganos respectivos.

² La *expropiación indirecta* puede definirse como la obstaculización, por parte del Estado (a través de sus organismos públicos), para operar o permitir el correcto funcionamiento de una empresa. Sobre este tema detallaremos en los Capítulos II y III.

1.2. Las instituciones: ¿Qué son y cómo se crean?

1.2.1. Concepto de instituciones

En la historia de la economía se han propuesto diversas las definiciones que pretenden concebir a las instituciones. Así, tenemos que, Gustav Von Schmoller (1838-1917), representante de la Escuela Histórica Alemana,³ las identificó como un orden parcial para la vida en comunidad; en otras palabras, plantea que ofrecen una base para dar forma social durante prolongados periodos de tiempo. Y Friedrich Von Hayek (1899-1992), las concibió como un orden que surge para ajustar las economías individuales en un mismo mercado (Hayek, 1978, pp. 108-109).

Por otra parte, autores de la Antigua Economía Institucional, antecedente inmediato de la Nueva Economía Institucional,⁴ también propusieron diversas concepciones de lo que debía entenderse como tal. En este sentido, tenemos a Thorstein Veblen; este autor basa su concepto en dos ejes fundamentales de análisis: las motivaciones personales, y el cambio social (Figueras y Moreno, 2007, pp. 3-5).⁵ De la unión de ambos postulados -y, en mayor medida, del segundo- concluye que las instituciones son un conjunto de ideas, entendiéndose éstas como “una manera de hacer las cosas” (*Ibidem*, p. 4),⁶ e incluso, “una manera de pensar las cosas”. Tales instituciones tienen, como origen, los instintos humanos, los cuáles se manifiestan en los hábitos, “(e)s decir, las instituciones en un sentido amplio y una determinada cosmovisión del mundo aparecen para apoyar un conjunto de circunstancias materiales y, a través de la formación de propensiones colectivas o patrones sociales de comportamiento afectan y conducen la conducta individual” (*Ibidem*, p. 4).

Por su parte, John R. Commons, manifiesta que una institución puede ser entendida como una acción colectiva en el control, liberación y expansión de la conducta individual (1931, p. 648). Al igual que Veblen, e incorporando mayores elementos de la Teoría

³ La Escuela Histórica ha sido considerada como un antecedente directo de los enfoques institucionalistas.

⁴ Para una introducción a su metodología, véase Commons (1931, pp. 648-657), Mourao (2007, pp. 315-325) y Samuels (1988).

⁵ Por lo que respecta a las “motivaciones”, Veblen retira el postulado de la maximización de utilidad, y centra la motivación personal en el deseo de los individuos del poder, un estatus, o una estima social. En relación con el “cambio social”, intentando incorporar el darwinismo, en particular, manifiesta que el cambio se otorga a partir de una selección natural, donde la tecnología juega un papel fundamental.

⁶ Con ello, el autor deja claro que “...**ya no serían las propiedades asignativas de los precios** en condiciones de equilibrio estático **sino el impacto desestabilizador de las transformaciones tecnológicas** e incluso de los gustos, junto con el estudio de la emergencia de un conjunto de instituciones y su efecto en la realidad social (negritas en el original)”.

Darwiniana-Evolutiva, considera que los hábitos proceden, parcialmente, de las destrezas adquiridas para la sobrevivencia. Una vez que éstos -los hábitos- se vuelven parte de un grupo o una cultura social, se convierten en rutinas o costumbres (Hodgson, 2003, pp. 907-908); luego, “(l)as instituciones se forman como complejos, duraderos e integrados, de costumbres y rutinas. Los hábitos y las rutinas preservan así el conocimiento, particularmente el conocimiento tácito relativo a las destrezas, y las instituciones actúan a través del tiempo como su correa de transmisión” (Commons, 1934, p. 45).⁷

Sin embargo, fueron los autores de la, también llamada, Economía de los Costes de Transacción, quienes propusieron definiciones más elaboradas. En este sentido, se encuentra la -clásica, controvertida y criticada- propuesta por Douglass North.⁸ Este economista sostiene que “(l)as instituciones son reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana” (North, 1993, p. 3). Años después, replanteó su concepción, y, agregando un elemento limitativo al postulado neoclásico de la maximización del bienestar del individuo, escribió que son las restricciones que los seres humanos imponen en las interacciones humanas (North, en Knight y Sened, 1998, p. 15).⁹

Por su parte, Oliver Williamson¹⁰ identifica a las instituciones con las prácticas sociales reiteradas, incluyendo aquéllas que son expresadas a través de formas contractuales o de estructuras jerárquicas (1989, p. 13). Asimismo, Elinor Ostrom, famosa, tanto por su estudio sobre los bienes comunes, como por ser la primera mujer en haber obtenido el Premio Nobel de Economía, las entiende como las estructuras de gobernación y arreglos sociales guiados por el deseo de disminuir los costes de transacción (2000, pp. 53-54); en términos

⁷ Un autor que, si bien pertenece a nuestros días, pero que tiene un enfoque basado en las características de la Antigua Economía Institucional, es Geoffrey Hodgson. Al incorporar su descripción de hábito y reglas, describe a las instituciones como los sistemas de reglas que se encuentran inmersos en la sociedad (2011, p. 31). Al respecto, véase también Hodgson (2003, pp. 895-916).

⁸ La crítica que hace este Hodgson se enfoca en dos aspectos: en primer lugar, por la separación entre instituciones y organizaciones, aspecto en que Hodgson no está de acuerdo; y, en segundo, debido a la ambigüedad entre la clasificación de instituciones formales e informales (Hodgson, 2011, p. 31 et seq.).

⁹ Esta definición nos revela dos puntos importantes: por una parte, que tanto el *Convenio de Washington*, como el *Mecanismo Complementario* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) son instituciones que fueron creadas para que el inversionista y el Estado posean un procedimiento establecido bajo parámetros conocidos previamente para la solución de sus diferencias, derivadas de la inversión respectiva. Por otra parte, demuestra que ambos actores -y en mayor medida, el Estado- se encuentran limitados en relación con el uso y goce de sus respectivos derechos, lo cual no ocurre en la perspectiva de la Economía Neoclásica.

¹⁰ Sobre las principales aportaciones de este economista, véase el apartado 1.5.3.

más precisos, como el conjunto de reglas utilizadas en un determinado ambiente físico, que pueden mejorar o perjudicar a las decisiones de los individuos.¹¹

Otra definición relevante es la del economista Avner Greif, de la Universidad de Stanford. Dicho autor las define como “...un sistema de diversos factores sociales, reglas, normas, creencias, valores y organizaciones, que conjuntamente motivan una regularidad en el comportamiento individual y social”.¹²

Finalmente, José Ayala Espino propone un concepto que incluye y sistematiza las características más sobresalientes de las tres categorías o clasificaciones anteriores. En este sentido, escribió que:

...las instituciones son el conjunto de *reglas* que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales. Las instituciones son construcciones históricas que, a lo largo de su evolución (origen, estabilización y cambio) los individuos erigen expresamente. Las instituciones en un país asumen características peculiares, de acuerdo con los rasgos estructurales dominantes de una determinada economía y sociedad, y por supuesto es importante la influencia de los valores, tradiciones culturales y religiosas y, en general, de las convenciones existentes (1999, pp. 62-63).

A pesar que los autores de la Antigua Economía Institucional dieron mayor interés a las instituciones informales (es decir, en los hábitos y los instintos), y los de la Nueva Economía Institucional a las de naturaleza formal, consideramos que ambas, en vez de ser antagónicas, pueden resultar complementarias. Esta complementariedad tiene una aplicación práctica, ya que, como demostraremos en el Capítulo IV, la inclinación por una categoría, descuidando la otra, puede generar distorsiones institucionales; lo que genera costes de transacción en razón de su ineficiente cumplimiento.¹³

¹¹ Nótese que, a partir de esta formulación, pueden apreciarse otros dos aspectos de suma relevancia: el arbitraje bajo el *Convenio de Washington* y el *Mecanismo Complementario* tiene como objeto la eliminación -o reducción- de los costes que las partes tendrían para determinar cada detalle del procedimiento arbitral (etapas procesales, términos y plazos, designación de árbitros, etcétera); incluso, aquellos que podría generar la ejecución del laudo emitido. El otro punto propone que un marco institucional eficiente o ineficiente, puede generar, respectivamente, costes o beneficios a las partes.

¹² (Citada en Alonso y Garcimartín, 2008, p. 60). Como podremos demostrar en su oportunidad (Capítulo IV), tales reglas tienen manifestación directa en el marco institucional, tanto nacional como global (y sean formales o consuetudinarias).

¹³ Las repercusiones que tiene la contraposición entre instituciones formales e informales se estudian en el Capítulo IV, apartado 4.5.5.1.

1.2.2. Creación y modificación del marco institucional

La ciencia económica ha desarrollado múltiples perspectivas, no necesariamente excluyentes, para explicar la creación y reforma de las instituciones legales.¹⁴ Por ejemplo, algunos economistas menos “ortodoxos” de la Economía Neoclásica argumentan que es el propio mercado el que determina la creación de nuevas instituciones. En este sentido, consideran que la competencia determinará las que deben prevalecer. Por ello, los individuos, a través de sus órganos respectivos (parlamentos, secretarías o tribunales), tendrán un papel más bien pasivo, ya que fungirán como *tomadores de instituciones*.¹⁵

La llamada *economía evolutiva* o *evolucionista* considera que el origen, cambio y desaparición institucional se debe a un proceso de adecuación a los cambios en la tecnología, la dotación de recursos, así como del contexto social en el que se harán efectivos los derechos de propiedad. En otras palabras, determina que el elemento clave para determinar su transformación es el análisis del coste y del beneficio que es generado como consecuencia de un rediseño de la función de producción.¹⁶

Por otra parte, el enfoque *histórico*, extensión de la propia Nueva Economía Institucional e impulsado por Douglass North,¹⁷ hace hincapié en el paso del tiempo como variable determinante en el cambio institucional y creación de otras más eficientes; argumenta que los cambios de las preferencias de los consumidores, las dotaciones de los factores de producción y las necesidades colectivas determinan el rumbo a seguir; de igual manera, incluye al aumento de la complejidad en el intercambio entre los agentes como una variable fundamental para la reforma y génesis institucional. Otro punto que caracteriza esta visión es el que considera que la mayoría de las instituciones consuetudinarias son -o deben ser- el antecedente directo de las formales.¹⁸

¹⁴ Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el proceso histórico-evolutivo de formalización de los llamados “Principios Generales del Derecho”, los cuales, si bien actualmente se encuentran formalizados en la Constitución mexicana, han sido aplicados a través del tiempo. Sobre su evolución, véase Preciado Hernández (2008).

¹⁵ El mayor exponente es el economista Armen Alchian (1950, pp. 211-221).

¹⁶ Sus principales impulsores fueron los autores de la Antigua Economía Institucional y, en la actualidad, por Geoffrey Hodgson (1988). Algunos aspectos también fueron estudiados por Joseph Schumpeter (1983).

¹⁷ Véase, por ejemplo, a Douglass North (1981) y (1990).

¹⁸ De lo escrito se deriva una reflexión práctica: para que una institución formal sea eficiente, debe haber sido aceptada de manera previa como una institución informal, es decir, como un código de conducta observado por los individuos de manera reiterada. En el apartado 2.4.2, del Capítulo II, estudiaremos la falta de coordinación entre instituciones formales e informales como causa de la ineficiencia del marco institucional. De igual manera, en el Capítulo IV demostraremos que la inadecuada armonización entre ambos ámbitos ocasionó la creación de

Finalmente, la visión *contractualista*, desarrollada en su mayoría por la *Economía de la Elección Pública*,¹⁹ pero retomada por la Nueva Economía Institucional, argumenta que las instituciones son creadas y reformadas por los diversos agentes y sectores que intervienen en la toma de decisiones públicas (partidos políticos, organizaciones civiles, comisiones empresariales, etcétera); es decir, tomando el escenario político-electoral como un mercado, los diversos agentes y sectores participan en las negociaciones relativas a la creación y modificación del marco institucional.

En este orden de ideas, y sobre todo, a partir de las *llamadas instituciones de segundo nivel* (a las cuales nos referiremos más adelante),²⁰ los grupos dominantes²¹ buscarán controlar a los grupos parlamentarios y agentes públicos para obtener mayores ganancias, dejando a un lado a los intereses de los sectores con menor margen de participación en el mercado político (Ayala Espino, 1999, p. 59).

1.3. Clasificación de las Instituciones

Partiendo de un elemento característico o común, los *neoinstitucionalistas* han desarrollado diversas categorías para clasificar las *reglas del juego*. Al respecto, la mayoría de los autores han aceptado dos: a) la que las estudia a partir de su *procedimiento de creación* (que las distingue en instituciones *formales e informales*),²² y b) la clasificación que parte del *nivel jerárquico* en el que pueden situarse (*primero, segundo, tercero y cuarto nivel*). A continuación expondremos brevemente cada una de ellas.

un marco institucional generador de altos costes, entre los que sobresalen los derivados de las demandas arbitrales bajo el Mecanismo Complementario del CIADI.

¹⁹ Estos autores parten de la premisa de la Economía Neoclásica, basada en el individualismo metodológico. De esta manera, argumentan que los agentes públicos -burócratas y partidos políticos- buscan maximizar sus beneficios mediante el presupuesto público, relegando el bienestar social y colectivo en segundo lugar de satisfacción. En otras palabras, estudian lo que se ha denominado como fallos del gobierno. Sus principales exponentes son James Buchanan, Gordon Tullock y Joseph Stiglitz. Véase (1993) y Stiglitz (2000).

²⁰ Esta categoría se compone de las constituciones y leyes reglamentarias de los principios que emanan de la primera. Estas instituciones se convierten en mecanismos de control para el mantenimiento de los intereses del sector que haya participado en su creación.

²¹ Como veremos en el Capítulo IV, en el proceso de creación del marco institucional “post-TLCAN”, la élite empresarial, relacionada con el gobierno en turno, tuvo bastante poder de presión para impulsar las reformas estructurales que, al menos a corto plazo, le generó un mayor porcentaje de beneficios.

²² North las denomina también *limitaciones formales y limitaciones informales*. Las primeras las concibe como instituciones creadas; mientras que las segundas las entiende como instituciones evolucionadas (1993, p. 14).

1.3.1. Por su procedimiento de creación

1.3.1.1. Instituciones formales

Son aquellas que han sido elaboradas mediante un mecanismo previamente establecido. En este rubro se encuentran: las leyes, los reglamentos, y la jurisprudencia. Las leyes son creadas a partir de un procedimiento parlamentario y tienen, como objetivo fundamental, la regulación de los actos de los individuos en un determinado ámbito territorial y temporal. Otra de su característica, es que deben ser de naturaleza general, abstracta e impersonal, es decir, no deben ser dictadas únicamente para un grupo o grupos individuos (García Máñez, 2005, p. 52).²³ Por su parte, los reglamentos son instrumentos jurídicos, situados en un nivel inferior a las leyes, que permiten aplicar las disposiciones establecidas en éstas. Su función principal es complementar y detallar algunos aspectos de la ley.

Finalmente, la jurisprudencia es una decisión o resolución emitida por un órgano jurisdiccional, mediante ciertos requisitos establecidos para tal efecto, que tiene como contenido la interpretación, aclaración o delimitación de un precepto normativo establecido en la ley. Su función primordial es *individualizar* el Derecho, llevarlo a la práctica en un caso específico, para, en un futuro, utilizar dicho criterio en las posteriores decisiones judiciales (Piccato Rodríguez, 2006, pp. 201-202).

1.3.1.2. Instituciones informales

Este tipo de instituciones son las que se establecen con el paso del tiempo. No poseen un procedimiento establecido previamente para su creación. Se incluyen en el comportamiento de una sociedad mediante los usos y costumbres (Ayala Espino, 1999, p. 67). Ejemplos de estas, son: los valores, las convenciones sociales, valores, ideologías, tradiciones, cultura y hábitos de comportamiento.

Esta clasificación demuestra que, como enunciamos anteriormente, los autores neoinstitucionalistas han dado mayor énfasis a las instituciones formales, lo que podría interpretarse como el predominio que puede existir de un tipo sobre el otro. Por tal razón, reiteramos que las consideramos complementarias, ya que poseen un distinto ámbito de aplicación e influencia en las decisiones de los individuos en una determinada sociedad; en

²³ En el caso mexicano, se encuentra estipulado en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas...”.

otras palabras, sostenemos que poseen una correlación mutua, ya que, como escribiera Hodgson:

Para que las leyes se conviertan en reglas...tienen que ser costumbre...Hay ejemplos de leyes que son ignoradas y que no han adquirido el estatus de costumbre o disposición que tiene una regla. Las leyes ignoradas no son reglas. Para que las leyes se conviertan en reglas, tienen que ser impuestas hasta el punto de que la evasión o la realización de la conducta en cuestión se convierta en costumbre y adquiera un estatus normativo (2011, pp. 27-28).

1.3.2. Por su jerarquía

La siguiente clasificación ha sido propuesta por Oliver Williamson (2000), y agrupa las diversas instituciones en cuatro niveles o jerarquías. A continuación expondremos, sus principales características.

1.3.2.1. Instituciones de primer nivel

A este nivel corresponden aquellas instituciones que se encuentran arraigadas en la sociedad. Se incluyen los valores, las costumbres, las tradiciones y los hábitos (instituciones informales). El autor manifiesta que las creencias religiosas ocupan un papel fundamental en este nivel. Su evolución, reforma o cambio se lleva a cabo a lo largo del tiempo; y surgen, según Williamson, de manera espontánea (2000, pp. 596-598).

1.3.2.2. Instituciones de segundo nivel

En esta categoría se encuentra lo que Williamson denomina *entorno institucional* (*institutional environment*) o conocidas también como las *reglas del juego* (2000, p. 598). Se incluyen las constituciones, las leyes (dando mayor importancia las relacionadas con los derechos de propiedad), los reglamentos y la *jurisprudencia*, es decir, las *instituciones formales*; en consecuencia, tienen amplio interés las actividades de los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), así como las distribuciones de sus respectivas competencias y organizaciones, ya que estos son los escenarios en los cuáles se negocian los costes y beneficios, tanto sociales como privados (*Ibidem*, pp. 598-599).

1.3.2.3. Instituciones de tercer nivel

En este nivel se incluyen las relaciones contractuales, así como los mecanismos de solución de controversias y, en consecuencia, las leyes procesales y contractuales. Aquí es donde se manifiestan los incentivos -y obstáculos, traducidos en mayores costes de transacción- que los agentes deben tener en consideración para tomar sus decisiones (*Ibidem*, p. 599).

1.3.2.4. Instituciones de cuarto nivel

Finalmente, en el último nivel de las instituciones, se encuentran los elementos y relaciones que son objeto del análisis microeconómico neoclásico. Es decir, se incluyen los mecanismos de decisión de la producción (función de producción) así como los precios. Por otra parte, incorpora, en este nivel, el estudio de la organización interna de las empresas, las relaciones generadas entre el agente y el principal y el uso eficiente de la tecnología (*Ibidem*, p. 600).

Además de las anteriores nomenclaturas, otros autores han sugerido otras, como las que se presentan en el siguiente cuadro:

| Cuadro 1.3. Otros tipos de clasificación | | | |
|---|------------------------|---|--|
| CRITERIO DE CLASIFICACIÓN | CATEGORÍA | CONCEPTO | EJEMPLOS |
| Por su procedimiento de creación | <i>Nacionales</i> | De naturaleza formal, o informal, que tienen origen en un Estado determinado. Son aplicables en ese mismo territorio a las personas o empresas, establecidas en el lugar. | Formales: Constitución, leyes, reglamentos. |
| | | | Informales: Usos y costumbres, tradiciones, valores, creencias |
| | <i>Internacionales</i> | Formuladas por la comunidad internacional, sea a nivel bilateral instituciones, regional o global (formales); o bien, generadas a partir de la interacción y práctica reiterada de algún acto entre los diversos países a lo largo del tiempo (informales). | Formales: <i>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Carta de las Naciones Unidas (ONU), tratados de libre comercio, Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (APPRI)s.</i> |
| | | | Informales: <i>Ius Cogens, Lex Mercatoria, Principios Generales del Derecho.</i> |

UN ACERCAMIENTO A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

| | | | |
|---|---------------------------|--|---|
| Por su naturaleza | <i>Incluyentes</i> | Tienen como objetivo la promoción de la participación de los diversos sectores de la sociedad en la búsqueda de consensos para la cooperación y desarrollo de los grupos involucrados. Han tenido un mayor desarrollo en los Estados democráticos y liberales. | Tanto unas como otras pueden ser en materia económica, política o social. |
| | <i>Excluyentes</i> | Diseñadas para ser aplicadas a un grupo o grupos determinados de individuos. Puede ser en su beneficio, o bien, en su perjuicio. | |
| Por los sujetos (creadores o receptores) | <i>Privadas</i> | Establecidas por los agentes privados, sin participación alguna de algún organismo público. | Convenciones sociales, códigos de conducta, valores, normas religiosas y las tradiciones. |
| | <i>Públicas</i> | Diseñadas por alguna autoridad u órgano público, y cuyo incumplimiento puede ser sancionado con alguna medida coercitiva. | Leyes, reglamentos, acuerdos y jurisprudencia. |
| | <i>Mixtas</i> | Si bien han sido creadas por los individuos para realizar algún acto jurídico privado, su incumplimiento puede ser sancionado mediante algún órgano público. | Contratos, los estatutos privados y los laudos arbitrales, como los emitidos por los tribunales bajo el mecanismo arbitral del CIADI. |
| Por su materia | <i>Económicas</i> | Definen la producción, la asignación, la distribución y, en cierta medida, el consumo de los bienes y servicios. | Mercado, moneda, medidas de valor. |
| | <i>Políticas</i> | Comprende las reglas que regulan y coordinan los procesos de elección de las autoridades gubernamentales en cualquiera de sus manifestaciones. | Reglas de gobierno, parlamentarias, electorales. |
| | | | <i>Sustantivas:</i> Principios sobre el trato a la IED, sobre definición de derechos de propiedad, patentes. |

| | | | |
|--|-----------------|--|--|
| | Legales | Incluye las instituciones que definen, limitan y vigilan los derechos de propiedad (<i>sustantivas</i>). De igual manera, contiene las reglas que definen el sistema de impartición de justicia. | <i>Adjetivas</i> : reglas procedimentales, reglas sobre el arbitraje de inversiones. |
| | Sociales | Reglas o convenciones creadas inmanentemente por una sociedad y que pueden modificarse a partir de sus procesos de transformación. | Creencias religiosas, reglas de etiqueta, normas de convivencia, lenguaje. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor).

1.4. Los costes de transacción: base de la Nueva Economía Institucional

Dado que, como se ha escrito por algunos autores, el concepto de *costes de transacción* se ha convertido “...en el instrumento esencial para estudiar las instituciones económicas (mercado, empresa, clan, relación de empleo, etc.) como redes de contratos que buscan maximizar el propio interés” (Arámbula y Gómez Álvarez, 1993, p. 315), es necesario prestarles especial atención; ya que, siendo la *columna vertebral* y fundamento de la Nueva Economía Institucional, las posteriores ideas sólo pueden comprenderse adecuadamente a partir de éste.

1.4.1. Concepto

El primer economista que introdujo la noción de *costes de transacción* al estudio del intercambio económico fue Ronald H. Coase.²⁴ En efecto, en su trabajo titulado *La naturaleza de la empresa* (1937),²⁵ los concibió como los gastos que resultaban por la utilización del mecanismo de precios (1994, pp. 37-39).²⁶ Esta reflexión fue resultado de su crítica a la posición de la Economía Neoclásica sobre la ausencia de los mismos, por medio de la cual toda asignación y reasignación de recursos siempre sería eficiente, independientemente de la distribución de los derechos de propiedad.²⁷

²⁴ Sobre sus obras y su pensamiento, véase el apartado siguiente.

²⁵ Véase Coase (1937, pp. 386-405). La versión en español se puede consultar en Coase (1994).

²⁶ En este trabajo los define como el “coste por llevar a cabo las transacciones por medio del mercado” y “costes de comercialización”.

²⁷ Posteriormente, y a partir del artículo de 1960, este planteamiento fue conocido bajo el nombre de *Teorema de Coase*.

Esta propuesta fue ampliada y redefinida en otro de sus trabajos, *El problema del coste social*, publicado en 1960 (1994, p. 1-44).²⁸ Aquí, los describió de la siguiente manera:

...para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las negociaciones estipuladas, etcétera (Coase, 1994, p. 134).

Entonces, puede deducirse que Coase los definió como aquellos en los cuales un agente incurre para disminuir los riesgos por un posible incumplimiento de un acuerdo contraído con otro. En otras palabras, sugiere que pueden manifestarse de diversas formas, por ejemplo: a) los costes por la búsqueda de información; b) costes de planeación, negociación y celebración del contrato, y c) costes de vigilancia del cumplimiento de los contratos (Groenewen *Et al*, 2010 pp. 22-25).

Siguiendo con una línea similar, Oliver Williamson, después de citar la definición del economista Kenneth Arrow (1969, p. 59),²⁹ expresó que “(l)os costes de transacción son el equivalente económico de la fricción en los sistemas físicos” (Williamson, 1989, p. 29). Derivado de lo anterior, los concibe como los que surgen por la contratación entre los agentes (*Ibidem*, p. 30); en otras palabras, son los gastos derivados de la celebración de un contrato, y que pueden surgir a causa del intercambio de los derechos de propiedad, de la adquisición de un bien, o de la prestación de un servicio (Méndez Ramírez, 2005, p. 141) (Salgado, 2003, pp. 63 y 64).³⁰

Ahora bien, por nuestra parte, tomando en consideración los aspectos expuestos por éstos y otros autores, podemos definirlos como las erogaciones que incluyen el gasto realizado para la obtención de información, negociación, vigilancia y cumplimiento de

²⁸ La versión en español se puede consultar en Coase (1994).

²⁹ Para Kenneth Arrow, los costes de transacción son los que se originan de la administración del sistema económico.

³⁰ En este aspecto, es claro que, en razón de que el mercado es incapaz de proveer toda la información necesaria para planear y vigilar el cumplimiento del acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor del capital, el CIADI, a través de los mecanismos arbitrales, pretende dar certeza al último de que, en caso de incumplimiento de las reglas sobre trato a la inversión (derivadas del tratado internacional respectivo), posee un mecanismo que pueda asegurarle la solución de sus controversias y la correspondiente reparación.

contratos y la protección y vigilancia de los derechos de propiedad.³¹ Es decir, se trata de los costes no realizados *directamente* a la producción (Ayala Espino, 1999, pp. 183-184).

Como puede apreciarse, los *costes de transacción* difieren de los de *producción* (los únicos aceptados por la Economía Neoclásica) (Williamson, 1989, p. 29) por una razón: mientras que los primeros tienen relación únicamente con la transformación o combinación de los factores de producción -tierra, trabajo y capital- para la obtención de bienes y ofrecimiento de servicios, los costes de transacción se derivan de las negociaciones de los agentes para el cumplimiento del intercambio de los derechos de propiedad (bienes, factores de producción, etcétera).

Por ello, la Nueva Economía Institucional considera que ambos tienen especial relevancia en la actividad económica -y no solamente los que se relacionan con la combinación de los factores de producción, es decir, los de producción- pues influyen en la determinación del precio final del bien o servicio. (Ayala Espino, 1999, p. 183).³²

El siguiente cuadro ilustrará mejor lo escrito:

Cuadro 1.4.1. Costes de Producción y Costes de Transacción

| | Concepto | Ejemplo |
|------------------------------|---|---|
| Costes de producción | Valoración, en términos monetarios, de los gastos en los que una empresa incurre en la producción de un bien o prestación de servicio. | <ul style="list-style-type: none"> - Salarios y prestaciones de los trabajadores; - Intereses por concepto de capital; - Rentas de bienes inmuebles; - Etcétera. |
| Costes de transacción | Valoración de los gastos en los que un agente incurre, derivados de un acuerdo entre dos agentes. No surgen a partir del proceso de producción. | <ul style="list-style-type: none"> - Costes de negociación de las cláusulas del acuerdo; - Costes de contratación de servicios; - Costes de vigilancia del cumplimiento del contrato; - Etcétera. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor)

³¹ Ante esto, nosotros incluimos que también son los originados por la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones surgidas a través del contrato o convenio *inter partes*.

³² En una forma similar se diferencian en Méndez Ramírez (2005, p. 141), quien argumenta que, mientras los costes de producción son aquellos concebidos mediante la transformación física de un bien, los costes de transacción son los derivados de la negociación, planeación y/o realización de proyectos, así como con la toma de decisiones.

Aunado a lo anterior, debemos mencionar que, en razón de que la Economía Neoclásica parte de supuestos derivados de la noción de equilibrio general y de la competencia perfecta,³³ el agente puede lograr la maximización de beneficios cuando descubre la fórmula en la cual los costes marginales de producción se igualan con los beneficios marginales; es decir, cuando se alcanza el óptimo en el sentido de Pareto (*Ibidem*, p. 177).

1.4.2. Clasificación de los costes de transacción

La clasificación más utilizada es la propuesta por Oliver Williamson, de cuya obra hablaremos posteriormente. En su libro *Las instituciones económicas del capitalismo*, basado en la elaboración y suscripción de un acuerdo, los divide en costes *ex ante* (anteriores al acuerdo) y costes *ex post* (posteriores al acuerdo) (1989, p. 32). Veamos, de manera general, cada uno de ellos.³⁴

Los costes *ex ante* los entiende como los que surgen por la “redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo” (*Ibidem*, p. 30). Esta etapa será realizada por dos medios: a) la elaboración de un documento completo que contemple diversas contingencias y que sean estipuladas las adaptaciones a las mismas por las partes, o b) un documento incompleto en el que las partes vayan incorporando las lagunas descubiertas a raíz de las contingencias surgidas (*Ídem*).³⁵

Ahora bien, los *costes ex post* son aquellos que están estrechamente relacionados con la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos (Williamson, 1989, p. 31). En este rubro, incluye los siguientes: a) los costes que surgen debido a la inadecuada adaptación de una contingencia con respecto a lo acordado; b) los que son producto de la controversia surgida, debido a las negociaciones de las partes para corregir dicha inadaptación; c) los que se derivan del establecimiento y administración asociados a las estructuras de gobernación

³³ Los supuestos son los siguientes: a) dada la dotación inicial de recursos, la asignación del excedente es determinada de una sola forma; b) en caso de una mala elección, el agente es el que asume los costes (no hay externalidades); c) todos los demás costes se dan por tenidos, o bien, se incluyen en los costes de producción; d) la información es completa y los productos, homogéneos, y e) la distribución de los recursos no genera coste alguno.

³⁴ Véase también Méndez Ramírez (2005, p. 145).

³⁵ Una explicación alternativa, se encuentra en Salgado (2003, p. 64).

(sobre procedimientos judiciales y arbitrales), y d) los ocasionados por el aseguramiento de los compromisos (*Ibidem*, p. 31).³⁶

El siguiente cuadro muestra sus principales características:

Cuadro 1.4.2. Clasificación de los costes de transacción

| COSTES DE TRANSACCIÓN | ORIGEN | EJEMPLOS |
|------------------------------|--|---|
| <i>Ex ante</i> | Surgen de la negociación, redacción y salvaguarda del acuerdo. | <ul style="list-style-type: none"> - Búsqueda de información necesaria para la negociación del acuerdo; - Gastos de negociación; - Suscripción y formalización del acuerdo, y - Gastos relacionados con los requisitos gubernamentales para su validez. |
| <i>Ex post</i> | Surgen de la vigilancia, monitoreo y, en su caso, el incumplimiento del acuerdo. | <ul style="list-style-type: none"> - Renegociación del acuerdo ante futuras contingencias; - Contratación de seguros de incumplimiento; - Gastos de mediación, en caso de controversia o desacuerdo, y - Gastos judiciales o arbitrales, en caso de incumplimiento. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor).

1.4.3. Causas

Son diversas las razones que pueden generar costes de transacción. Así, podemos concebir, en primer lugar, las lagunas en los términos establecidos en los contratos; de igual manera, la ausencia de una adecuada limitación de los derechos de propiedad, debido a la ineficiencia del marco institucional (Vargas Hernández, 2005, p. 11), y, finalmente, la conducta oportunista de los propios individuos (Arámbula y Gómez Álvarez, 1993, p. 321).

De manera más sistemática, podemos clasificarlos en tres apartados (Ayala Espino, 1999, pp. 187-188):

³⁶ Lo escrito viene a reforzar una reflexión, ya expuesta anteriormente: mientras que los tratados de libre comercio y APPRI's contienen principios aceptados por los agentes económicos sobre el trato que debe darse a las inversiones extranjeras (los cuales pretenden reducir los costes *ex ante*), el *Convenio de Washington* y el *Mecanismo Complementario* establecen procedimientos de solución de controversias para que, en caso de desacuerdo o incumplimiento del acuerdo, se pueda recurrir a una instancia especializada y confiable para su solución, disminuyendo, así, los costes *ex post*.

- *De la transferencia de derechos de propiedad:* Mientras más compleja sea la naturaleza económica del intercambio, mayores instituciones y arreglos sociales serán requeridos. En consecuencia, aumentarán los costes de transacción;³⁷
- *Problemas relacionados con la información:*³⁸ debido a la insuficiente o incorrecta información, pueden surgir conductas oportunistas o que desvíen el objetivo inicial de los contratos celebrados, lo que se traduciría en la mayor ganancia de una parte en perjuicio de otra; y
- *Los cambios de los términos y condiciones del intercambio especificados en las instituciones:*³⁹ Pueden afectar directa, o indirectamente, los contratos celebrados previamente, ya que estas modificaciones llevan a renegociación y/o recontractación por las partes.

1.4.4. Consecuencias

Siguiendo con las reflexiones de las ideas de Ronald Coase y Oliver Williamson, la principal consecuencia de que existan costes de transacción es que se convierten en un factor relevante para que el agente elija si es más eficiente la utilización del mecanismo de precios, o bien, organizarse de manera jerárquica para producir el bien o servicio que requiere.⁴⁰ En otras palabras, cuando la utilización del mercado genere menores costes que los originados por la organización empresarial, el agente utilizará la primera opción. En caso contrario, se abstendrá del mecanismo de precios y se optará por la organización interna, es decir, por la empresa.

³⁷ Sobre este punto, Ayala Espino manifiesta que los costes de transacción “...son concomitantes a los derechos de propiedad descentralizados, a la propiedad privada y al intercambio multilateral y despersonalizado” (1999, p. 187).

³⁸ A saber, la información incompleta, información asimétrica, aversión al riesgo, daño moral y selección adversa. Nos referiremos a estos elementos en el apartado 1.6.3.

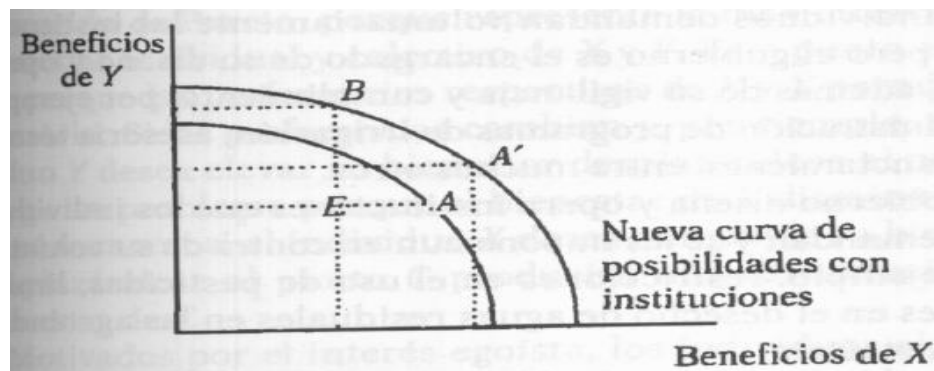
³⁹ Por ejemplo, los cambios en las costumbres o códigos de conducta, y más formalmente, en la reforma del marco normativo (en particular, en los referentes a los derechos de propiedad). De igual manera, pueden ser causa de cambio en el marco las revoluciones y movimientos sociales, o bien, siguiendo a la Antigua Economía Institucional, la innovación tecnológica.

⁴⁰ Esta reflexión se desprende de una lectura armónica de Coase y Williamson. En particular, Coase (1937, pp. 386-405) y Williamson (1975). Un estudio de estas y otras obras se realiza en el apartado 1.6 de presente Capítulo.

1.4.5. *Relación entre costes de transacción e instituciones*

Hemos mencionado que los costes de transacción, tanto *ex ante* como *ex post*, son generados por múltiples actos que se presentan a partir de la intención de suscribir un acuerdo para la producción de un bien o prestación de un servicio. Ahora bien, partiendo de que el marco institucional, en coordinación con el mercado,⁴¹ pretende hacer más eficiente el mecanismo de precios, su aumento o disminución puede tenerse como un instrumento de medición de la eficiencia de dicho marco institucional relacionado con el intercambio.⁴² Luego, se comprende que este es el punto de unión entre uno y otro aspecto (Vargas Hernández, 2005, p. 12).

De igual manera, y desde una perspectiva social, las instituciones pretenden disminuir los costes de transacción emanados del conflicto que puede provocar el antagonismo entre los intereses privados, y los propios de un grupo o grupos (intereses colectivos). La armonización entre ambos generaría una nueva curva de posibilidades de producción (Ayala Espino, 1999, pp. 69). El siguiente diagrama muestra lo anterior:



(Tomado de Ayala Espino (1999, pp. 69).

En otras palabras: dado que las instituciones (principalmente, las de carácter formal) tienen, como objetivo primordial, el mejoramiento del ambiente o contexto en el cual habrán de celebrarse las transacciones (mercado), en particular, sobre el comportamiento de los

⁴¹ Recordemos que, a diferencia de la Nueva Economía Institucional (cuyos supuestos para excluir los costes de la función de producción expusimos en el apartado dedicado al concepto de costes de transacción), el mercado es eficiente por sí mismo. En consecuencia, no se requiere un sistema adicional para darle mayor agilidad.

⁴² Esta idea será complementada con el postulado de que, según la Nueva Economía Institucional, los derechos de propiedad no se encuentran plenamente definidos. Sobre este aspecto detallaremos en el apartado 1.7, en particular, en el 1.7.2.

agentes,⁴³ un marco institucional más eficiente, trae aparejada la reducción de los costes generados por la elaboración, vigilancia y cumplimiento de un contrato o convenio (Vargas Hernández, 2005, p. 12).⁴⁴

1.5. Principales autores de la Nueva Economía Institucional

Desde su aceptación, han sido diversos los economistas han enriquecido el programa de estudio de la Nueva Economía Institucional. No obstante, fueron tres los autores quienes consolidaron sus bases o pilares fundamentales. En efecto, puede considerarse que el pensamiento de Ronald Coase, Douglass North y Oliver Williamson constituye el “núcleo duro’ de la Nueva Economía Institucional” (Ayala Espino, 1999, p. 38-39). Por ello, es imprescindible conocer, a través del estudio de algunos de sus trabajos, sus aportaciones más representativas.

1.5.1. Ronald Coase

Ronald Harry Coase (1910-2013)⁴⁵ es, con mucho, el mayor exponente de la Nueva Economía Institucional, así como teórico de otras líneas de investigación, como el “Análisis Económico del Derecho”⁴⁶ y la moderna “Teoría de la Organización Industrial” (teoría que también abordará Oliver Williamson).

⁴³ Otros objetivos, pueden ser económicos, políticos o sociales. Del primer rubro tenemos: la reducción de la incertidumbre en las decisiones de los agentes económicos en sus decisiones; la determinación del tipo de organización económica a formar para la realización de la actividad económica; un aumento de la temporalidad de las inversiones efectivas a realizar en un espacio determinado (sean nacionales o extranjeras). En relación con los objetivos políticos, se encuentran: la reducción de la arbitrariedad del Estado en sus respectivos actos y decisiones, tanto entre sus órganos, como entre éstos y los ciudadanos (en organización y funcionamiento), y la conformación de un mayor estado de derecho. Finalmente, con respecto a los sociales, están los siguientes: la disminución de externalidades negativas, distribución equitativa de la riqueza y la coordinación de los intereses individuales y colectivos.

⁴⁴ Una fórmula que puede resumir adecuadamente lo dicho, sería: en algunos casos “los costes de transacción son inversamente proporcionales a la eficiencia del marco institucional”.

⁴⁵ Abogado y economista británico. Realizó sus estudios en la London School of Economics. Su actividad académica la ha llevado a cabo en la Dundee School of Economics and Commerce, en la Universidad de Liverpool, en la London School of Economics y en la Universidad de Chicago. A lo largo de su vida, recibió numerosos premios y distinciones, entre los que destaca el Premio Nobel de Economía, en 1991. Murió el 2 de septiembre de 2013, a los 102 años.

⁴⁶ Hay algunos autores que le consideran el fundador de ésta. Sin embargo, debemos mencionar que John Commons (e incluso, autores anteriores, como Cesare Beccaria y Jeremy Bentham), también desarrolló un enfoque multidisciplinario entre derecho y economía. Por otra parte, debemos reconocer que la revista creada, en 1964, por Coase, el *Journal of Law and Economics* (auspiciada por la Universidad de Chicago), ha sido el espacio en el cuál los mayores estudiosos del tema han presentado los resultados de sus investigaciones.

En efecto, sus dos estudios más famosos, *La naturaleza de la empresa* (1937, pp. 386-405)⁴⁷ y *El problema del coste social* (1960, pp. 1-44),⁴⁸ contienen los elementos que provocaron en los economistas un renovado interés para incluir a las instituciones dentro de sus modelos de estudio. Dada su relevancia, veremos los elementos más sobresalientes de cada uno de ellos.

1.5.1.1. *La Naturaleza de la Empresa*

En este artículo, Coase pretendió abrir la “caja negra” de la empresa -como la denominara Kenneth Arrow- donde *ingresan* factores productivos y *salen* bienes y servicios, y dar una definición alternativa (Véase Williamson, 2000, p. 602).

En efecto, Coase, después de manifestar que la economía tradicional no ve a la empresa más allá de un cuarto “factor de producción” que distribuye los otros factores -tierra, trabajo y capital- para maximizar los beneficios de la producción a través de las señales que otorga el mecanismo de precios (Marshall, 1963, p. 244 *Et al.*); después de proponer que el mercado y la empresa son dos mecanismos de coordinación económica distintos, considera que la empresa es una estructura alternativa al mercado⁴⁹ que tiene como objeto la organización de la producción, cuando el coste por utilizar el mecanismo de precios es más alto que los costes internos, generados en la organización de la empresa (Coase, 1994, p. 37). De igual manera, plantea que son establecidas para reducir -e incluso, eliminar- los costes generados por los acuerdos realizados, y que el propio mecanismo de precios no puede vigilar, o bien, lo hace de manera ineficiente (costes de contratación/transacción) (*Ídem*).⁵⁰

En el mismo trabajo sugiere que el tamaño óptimo de la empresa será determinado, no sólo en la medida que los ejecutivos elijan la combinación adecuada de los factores y su correspondiente *productividad marginal*,⁵¹ sino también en relación con los costes de la

⁴⁷ La versión en español se puede consultar en Coase (1994).

⁴⁸ La versión en español también está disponible, en Coase (1994).

⁴⁹ Ya que, como enunciamos cuando expusimos el concepto de Costes de Transacción, la utilización del mercado tiene un coste. Véase el apartado 1.4.

⁵⁰ Refiriéndose a los mecanismos de reducción generados en el mecanismo de precios, suelen utilizarse algunas técnicas de vigilancia “...para minimizar los costes de contratación, pero no se los elimina” (Coase, 1994, p. 37).

⁵¹ Como podemos apreciar, la Nueva Economía Institucional no se desentiende de la noción de la utilidad marginal, expuesta por la microeconomía neoclásica (y la austriaca), misma que determina que es la ganancia obtenida por la producción de una unidad adicional.

organización misma.⁵² Sobre este punto, nos plantea que la empresa lo definirá de acuerdo a tres aspectos: a) en la medida en que los costes de transacción sean mayores a los costes determinados por el mercado; b) en la medida en que el empresario cometa errores, y c) si es menor el crecimiento de entrega de los factores de producción a empresas de mayor tamaño (*Ibidem*, 1994, p. 42).⁵³

1.5.1.2. *El problema del coste social*

En este artículo, Coase introduce dos importantes términos en el desarrollo de su teoría económica: las *externalidades*⁵⁴ y el *coste social*.⁵⁵ En efecto, después de realizar una crítica sobre el mecanismo solucionador convencional de los conflictos de derechos (por ejemplo, la contaminación, el ruido o el daño en un cultivo de una persona X por parte del ganado de otra persona Y) (Coase, 1994, p. 123-126), que es utilizado comúnmente en las resoluciones o sentencias de los tribunales,⁵⁶ llega a conclusiones de gran trascendencia para el análisis del intercambio; entre las que destacan dos, de suma relevancia:

- a) En un mundo sin costes de transacción (situación que, como menciona, es una suposición "...muy alejada de la realidad"), cualquier reasignación de recursos será efectuada por las partes involucradas, hasta llegar a una solución óptima en el sentido de Pareto; es decir, hasta el punto en el que cualquier beneficio extra para una parte, pueda causar algún perjuicio a la otra (*Ibidem*, p. 127-134);

⁵² Esta es una aplicación de la llamada *Ley de Coase*, de la que hablaremos párrafos posteriores; en este sentido, su aplicación se basa en que las empresas deben replegarse hasta que el coste que supone realizar una transacción de forma interna no supere el coste que implica realizarla de forma externa.

⁵³ Sobre este aspecto, es interesante el análisis que realiza en torno a las diversas explicaciones que intentan justificar el tamaño. En particular, la teoría de Frank Night sobre la incertidumbre, desarrollada en su *Risk, Uncertainty and Profit* (1921).

⁵⁴ Las externalidades son los beneficios o perjuicios que, mediante un acuerdo entre dos agentes, pueden recaer en una tercera persona. En "El problema del coste social", se refiere a "...aquellas acciones de las empresas que tienen efectos perjudiciales para terceros" (1994, p. 121).

⁵⁵ Este coste es la pérdida de bienestar de una colectividad. Es resultado de la falta de delimitación de los derechos -y obligaciones- de los agentes involucrados en la actividad económica en cuestión.

⁵⁶ Estos pueden ser, según Coase, de tres tipos: a) responsabilizar al afectante; b) establecer una indemnización algún tipo de impuesto (dicho sea de paso, es el mecanismo preferido de los economistas), o c) prohibir la realización de la actividad. Según nuestro autor, estos mecanismos no siempre son eficientes.

- b) Sin embargo, debido a la existencia de altos costes de transacción -mismos que suelen ser altos- para esta reasignación,⁵⁷ corresponde al Estado, en una actividad bastante similar a la realizada por una empresa, “pero de una clase muy especial”, la redistribución de los mismos, únicamente hasta el punto en el cuál el coste sea mayor al surgido por el acuerdo de las partes (*Ibidem*, p. 134).⁵⁸ Pasando dicho punto, es conveniente dejar la solución al mecanismo de precios (*Ídem*).⁵⁹

Cabe decir que, de las reflexiones concebidas en este artículo (en particular, de las referidas a la inexistencia de costes de transacción), surgió el postulado conocido como “Teorema de Coase”, el cual sugiere que, cuando los costes de transacción son nulos, la asignación de recursos es independiente de la distribución de derechos de propiedad. En otras palabras, manifiesta que si los derechos de propiedad estuvieran plenamente definidos (es decir, no hubiese externalidades), no existieran costes de transacción, y no existiera aumento o disminución del patrimonio a causa de los precios (efecto riqueza), el propio mercado se encargaría de redistribuir los recursos, independientemente de la asignación original.⁶⁰

Como podemos apreciar, con estos dos artículos (en particular, el último), Coase estableció los cimientos para el estudio de una visión más integral -y realista- de los fenómenos económicos. De igual manera, debido a su análisis conceptual, y no tanto por representaciones sofisticadas (Figueras, 2001, p. 1), consiguió ampliar los límites del razonamiento económico a otras fronteras (por ejemplo, al derecho), como lo hiciera Veblen, y sentó las bases para mayores extensiones a otras ciencias sociales; por ejemplo, a la Ciencia

⁵⁷ En este caso, los costes originados por “...descubrir con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, elaborar los contratos, realizar inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos, etc.”.

⁵⁸ El Estado pretende disminuir los costes de transacción a través de la creación del marco institucional, principalmente en materia de derechos de propiedad. Sobre esta función, véase el apartado 2.3., del Capítulo II.

⁵⁹ Este argumento es reforzado con ejemplos de los precedentes judiciales establecidos en algunas resoluciones judiciales estudiadas por Coase (1994, p. 134). Líneas después, su hipótesis la contrasta la perspectiva que - desde su concepción, errónea- ha dado Pigou sobre el tema en su *The Economics of Welfare* (*Ibidem*. pp. 147-162).

⁶⁰ El propio Ronald Coase manifiesta que la formulación original del teorema, en realidad, fue desarrollada por George Stigler. Sin embargo, plantea que él se encargó de definirlo, en un artículo publicado tiempo atrás, titulado *La Comisión Federal de Comunicaciones* (1959, pp. 1-40). La versión en español se encuentra en Coase (1994, pp. 79-119).

Política, línea que, posteriormente, desarrollara hiciera otro Premio Nobel, el economista James Buchanan.⁶¹

1.5.2. *Douglass North*

Douglass Cecil North (1920-)⁶² es, sin duda, uno de los mayores estudiosos de los efectos del marco institucional en el desarrollo y desempeño de la economía de los países. Este autor plantea que, las *reglas del juego*, pueden alentar, o bien, obstaculizar el desarrollo económico en los Estados;⁶³ es decir, incentivar o generar barreras al intercambio óptimo de derechos de propiedad derivados de los bienes y servicios.

El estudio de sus obras, puede agruparse de acuerdo a las décadas en que fueron publicados sus estudios: a) de 1960 a 1970 (bastante influido, aún, por la visión neoclásica),⁶⁴ b) de 1971 a 1980, con una posición basada en la estática comparativa neoclásica, pero introduciendo algunos elementos institucionales;⁶⁵ c) de 1981 a 1990, donde incluye el concepto de costes de transacción, de derechos de propiedad y de Teoría Económica del Estado;⁶⁶ d) de 1991 a 2000, donde destaca el papel de las instituciones, así como de la ideología,⁶⁷ y e) de 2001 a nuestros días, donde consolida su visión económico

⁶¹ Véase, por ejemplo, (Buchanan y Tullock, 1993).

⁶² Realizó sus estudios de economía en la Universidad de Berkeley, California. Al finalizarlos, colaboró en la *National Bureau of Economic Research*. Posteriormente comenzó a impartir clases en la Universidad de Washington. En 1993 se le concedió, junto a Robert W. Fogel, el Premio Nobel de Economía, "(p)or haber renovado la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional".

⁶³ En este sentido, consideramos que, después de lo que hemos expuesto hasta el momento, la nomenclatura entre los principios de IED (integrados en los tratados de libre comercio y APPRIs), junto con las reglas emitidas por el CIADI (tanto el *Convenio de Washington*, como el *Mecanismo Complementario* y reglamentos derivados) pueden ser, en una primera aproximación, elementos que podrían incentivar la IED. No obstante, y tomando en consideración el otro pilar de la Nueva Economía Institucional (Teoría de la Agencia-Principal, de la cual hablaremos posteriormente), el manejo ineficiente del marco institucional puede generar precedentes negativos para que los inversionistas decidan importar sus capitales.

⁶⁴ A esta etapa corresponden: North (1955, pp. 243-258), North (1959, pp. 943-951) y North (1966).

⁶⁵ En las obras escritas en este periodo, comienza a germinar, influido por Sidney Winter (con quien escribiría una obra posteriormente) y Jack Hirshleifer, la idea de que el cambio institucional es uno de los factores más relevantes en el crecimiento económico de los Estados. La principal de ellas, es North y Thomas (1973). En español North y Thomas (1990).

⁶⁶ La principal obra de este periodo, es North (1981). De igual manera, en North (1985, pp. 557-576) y North (1989, pp. 1319-1332).

⁶⁷ La obra fundamental es North (1990). La edición en español, es North (1993).

institucional.⁶⁸ A continuación, expondremos dos de estudios fundamentales de los dos últimos periodos.

1.5.2.1. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.

En esta obra destaca el papel de las instituciones informales y de la ideología, entendida como una institución informal, participante en el desempeño económico de las naciones. En particular, estudia tres elementos: a) su naturaleza; b) la diferencia de éstas con las organizaciones,⁶⁹ y c) la manera en que las instituciones influyen en los costes de transacción y de producción (Prado Robles, 1998, p. 23 *et seq.*).

Asimismo, North enuncia la importancia de adecuar una nueva visión sobre la cooperación entre los agentes económicos (1993, pp. 23-30). En efecto, al realizar una crítica a los supuestos basados en el enfoque neoclásico (quienes centran sus modelos en la teoría de juegos), propone la adopción de esquemas basados en las aportaciones de la teoría evolutiva; pues, en su opinión, el ser humano actúa más allá de una visión *maximizadora* de la riqueza. Por ejemplo, movido por intereses altruistas o con valores impuestos por la sociedad, e, incluso por él mismo (*Ibidem*, pp. 15-20). De igual manera, plantea que los individuos procesan subjetivamente, o con información incompleta, el mundo que les rodea (Prado Robles, 1998, p. 23 *et seq.*).⁷⁰

Por otra parte, North introduce el concepto del “vía o senda de la dependencia” (*path dependence*),⁷¹ el cual hace referencia a que, la senda del cambio institucional, se caracteriza por dos elementos: rendimientos crecientes y mercados imperfectos con altos costes de

⁶⁸ El estudio más relevante de esta época es el elaborado con Wallis y Weingast. Véase North, Wallis y Weingast (2009).

⁶⁹ Este aspecto ha sido ampliamente criticado por los seguidores de la Antigua Economía Institucional; por ejemplo, Geoffrey Hodgson. Al respecto, véase Hodgson (2011, pp. 15-54).

⁷⁰ Esta idea ya había sido sugerida por el economista neoclásico, Herbert Simon (1997).

⁷¹ La traducción de este concepto ha sido bastante discutida. Por nuestra parte, tomamos la sugerida por Marín-García, Perelló, García-Sabater (2010, p. 37). Estos autores argumentan, partiendo de un criterio evolutivo, que “...se usa para indicar el hecho de que las decisiones a tomar están fuertemente *condicionadas* por otras decisiones hechas en el pasado. De este modo, *los procesos no progresan hacia un único punto de equilibrio predeterminado a priori, sino que la situación final a la que se llega depende, en parte, del modo por el que se llega a ella*” (cursivas nuestras).

transacción (Caballero, 2011, p. 24). Así, en razón de los rendimientos crecientes en las instituciones, los cambios a lo largo del camino son incrementales.⁷²

1.5.2.2. *Violencia y órdenes sociales*

En esta obra, North pretende comprender ambos fenómenos a lo largo de la Historia (North, Wallis y Weingast, 2009). Para ello, parte de la visión de una sociedad en *estado natural*, caracterizado por el control del poder y las rentas por algunas élites hasta llegar a una “sociedad de entrada abierta” (*Ibidem*, pp. 25-106), con normas impersonales, mercados y competencia (*Ibidem*, pp. 110-270). Tomando como base estos periodos, y mediante un estudio comparativo de cada una de ellos, analiza las condiciones que permiten pasar de un tipo de sociedad a otro, como un camino hacia la prosperidad y el desarrollo (Caballero, 2011, p. 25).

1.5.3. *Oliver Williamson*

Finalmente, dentro de la triada de autores que hicieron las principales aportaciones a la metodología de la Nueva Economía Institucional, nos referiremos a Oliver Eaton Williamson (1932-).⁷³

En sus dos trabajos, *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*⁷⁴ y *Las instituciones económicas del capitalismo*,⁷⁵ así como en una compilación realizada con Sidney Winter,⁷⁶ titulada *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*,⁷⁷ retomó y amplió diversos estudios relacionados con la Teoría de la Organización Industrial; línea que comenzara, como dijimos anteriormente, Ronald Coase, a partir de *La naturaleza de la empresa*, al cual ya nos hemos referido. En efecto, con una posición basada en las “estructuras de gobernanza” dentro de la empresa, desarrolló, en mayor medida, la visión de

⁷² Una explicación más detallada se encuentra en Prado Robles (1998, p. 26 y 27). Cabe decir que, sobre este aspecto, el propio North plantea que puede haber cambios incrementales discontinuos; por ejemplo, a través de conquistas o por revoluciones.

⁷³ Realizó sus estudios de doctorado en la Carnegie Mellon University. Actualmente es profesor de la Universidad de California, en Berkeley. En 2009 compartió, con Elinor Ostrom, el Premio Nobel de Economía, “por su análisis de la gobernanza económica, especialmente los límites de la empresa”.

⁷⁴ Williamson (1975). La versión en español es Williamson (1991).

⁷⁵ Williamson (1985). En español, Williamson (1989).

⁷⁶ Este autor es reconocido por un interesante estudio realizado en coautoría con Richard Nelson (Nelson y Winter, 1982).

⁷⁷ Williamson y Winter (1991). La versión en español: Williamson y Winter (1996).

que la empresa es un mecanismo que puede reducir los costes de transacción. A continuación expondremos los aspectos más relevantes de sus dos primeros tratados, dando un mayor énfasis a las *Instituciones Económicas del Capitalismo*.

1.5.3.1. Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust

En esta obra, como el propio Williamson manifiesta, pretende demostrar que el estudio del mercado y la teoría de la organización no se encuentran del todo separados. De hecho, opina que esta relación debe entenderse -tanto las fuerzas y los límites del mercado, como los métodos internos de organización- únicamente si se analizan las relaciones entre ambos (1991a, p. 7). Derivado de lo anterior, manifiesta que la clave para su comprensión es el concepto de los *costes de transacción*, y no tanto el enfoque basado en la tecnología y los costes de producción.⁷⁸

La teoría principal de Williamson es la siguiente: en una economía de mercado, hay ocasiones en que los precios no transmiten toda la información; esas situaciones son conocidas como *fallas del mercado*.⁷⁹ Propone que, en estas circunstancias, lo ideal es utilizar el mecanismo de organización interna (jerarquías) para obtener un mecanismo de asignación eficiente (*Ibidem*, p. 48 *et seq.*), esto, en razón de que, dentro de una jerarquía, las partes involucradas aspiran -o deben aspirar- a un fin común (Arámbula y Gómez Álvarez, 1993, p. 321).

Aunado a lo anterior, y profundizando aún más en la teoría de la organización, determina que también pueden existir factores humanos y ambientales que lleven a fallas internas. Por lo que respecta a los primeros, se encuentra la *racionalidad limitada* y el *oportunismo* (Williamson, 1991a, p. 25); en relación con los segundos, manifiesta que la *complejidad/incertidumbre* y los *números pequeños* pueden generar costes mayores. Sin embargo, la propia organización puede reducirlos debido al menor coste resultante de monitorear la actividad de los integrantes o las jerarquías.⁸⁰

⁷⁸ Sobre este elemento es importante subrayar que en esta reflexión centra, en apariencia, una crítica a los postulados de la Antigua Economía Institucional, en relación con la tecnología; y de la Economía Neoclásica, refiriéndose a los costes de producción. No obstante, como lo enuncia a lo largo de su trabajo, no hace sino ampliar la visión sobre los mismos.

⁷⁹ Las fallas de mercado son los fenómenos en los cuáles el mecanismo de precios no proporciona un resultado óptimo en el sentido de Pareto. Un ejemplo de fallas de mercado son los bienes públicos.

⁸⁰ El monitoreo se realizaría para evitar diversas acciones oportunistas, así como la incertidumbre y los problemas derivados de la relación agente-principal.

Por otra parte, y siguiendo con lo planteado por Coase, considera que el tamaño de una empresa será determinado por los costes de vigilancia (gobierno);⁸¹ ya que, algunas veces, los efectos de la pérdida de integración control superan las ventajas de la integración (Arámbula y Gómez Álvarez, 1993, p. 326). Es en esas ocasiones cuando debe recurrirse al mecanismo de precios.

Finalmente, es importante mencionar que, con respecto al cambio institucional, sugiere que éste ocurre cuando los mecanismos ya no conducen a resultados óptimos; es decir, tomando un criterio evolucionista, plantea que se desarrollan por un intento de lograr una mayor eficiencia económica.⁸²

1.5.3.2. Las instituciones económicas del capitalismo

Basado en un enfoque multidisciplinario (que incluye microeconomía neoclásica, teoría del derecho, y teoría de la organización), Williamson se propone estudiar cómo las organizaciones contemporáneas tienen como objetivo la *economización* de las transacciones realizadas dentro de las mismas (1989, p. 13).⁸³ Asimismo, el concepto de *economía de los costes de transacción* (costes *ex ante* y *ex post*, ya referidos líneas arriba) es aplicado al estudio del mecanismo de mercado y de las “coordinaciones híbridas”.⁸⁴

La tesis principal de su estudio argumenta que el ambiente o entorno institucional (es decir, el conjunto de instituciones), es el encargado de determinar el mecanismo que ha de ser utilizado para realizar las transacciones entre los agentes a los menores costes posibles. Ahora bien, en relación con las transacciones, manifiesta que poseen tres atributos o

⁸¹ Como mencionamos en su oportunidad, este criterio es una aplicación de la Ley de Coase.

⁸² Entiéndase a la eficiencia como la elección de la alternativa generadora del mayor rendimiento neto cuantificable para el productor, así como el máximo excedente para el consumidor. En resumen, lo que, en términos de la Nueva Economía Institucional, se conoce como *eficiencia en la producción y eficiencia en el consumo*.

⁸³ Sobre las transacciones, plantea que son los intercambios realizados en la misma. De igual manera, sugiere que tienen lugar cuando se “...realiza un examen de *los costes comparativos de la planeación, la adaptación y el monitoreo de la terminación de la tarea bajo diversas estructuras de gobernación*” (Cursivas en el original).

⁸⁴ Las coordinaciones híbridas son las que realizan los agentes, y que se sitúan entre la empresa en sentido estricto y el mercado. En otras palabras, son las transacciones que se llevan a cabo tanto dentro como fuera del mercado y la organización, para evitar la incertidumbre y el oportunismo.

dimensiones: a) la especificidad de activos,⁸⁵ b) la incertidumbre,⁸⁶ y c) la frecuencia.⁸⁷ Tales atributos determinan el mecanismo más eficiente que será tomado en consideración para el intercambio (García Garnica, 2004, pp. 107-109).

De esta manera, Williamson demuestra, siguiendo con el argumento desarrollado por Coase (en particular, el *Teorema de Coase*), que una empresa determinará el mecanismo de intercambio basado en el análisis de los *costes de transacción* generados.

Finalmente, debemos mencionar que amplía su crítica a las *fallas del mercado* y a las *fallas de la organización*, a la vez de que hace hincapié en que, al igual que los costes de transacción, pueden ser factores de suma relevancia para elegir el mecanismo coordinador de las transacciones más eficiente.⁸⁸

1.5.4. Otros autores

Otros economistas que han aportado elementos de suma importancia al método neoinstitucional, han sido Mancur Olson, Elinor Ostrom, Armen A. Alchian y Geoffrey M. Hodgson. Veamos brevemente los aspectos más sobresalientes.

Por lo que se refiere a Mancur Olson (1932-1998),⁸⁹ en sus tres principales obras, *La lógica de la acción colectiva*,⁹⁰ *El nacimiento y declive de las naciones*⁹¹ y *Poder y Prosperidad*,⁹² estudia las razones por medio de las cuáles se crean y participan los grupos de presión en las decisiones económicas o, incluso, en el mercado político. Esta idea fue expuesta, con mayor profundidad, en *El nacimiento y declive de las naciones*. Asimismo, profundiza en la idea de que la influencia de los grupos puede repercutir negativamente en el

⁸⁵ Se refiere a inversiones durables realizadas en apoyo a transacciones particulares, cuyo coste de oportunidad es mucho menor que en los mejores usos alternativos.

⁸⁶ Este atributo adquiere bastante importancia cuando los activos se caracterizan por algún grado de especificidad. Si el producto no es específico, la incertidumbre es irrelevante.

⁸⁷ Se refiere a la recurrencia de las transacciones. El que las transacciones se lleven a cabo de manera frecuente, o no, tiene implicaciones en términos de los costes que implica su estructura de gobernación, ya que elaborar contratos muy específicos y darles seguimiento es muy costoso.

⁸⁸ Cabe mencionar que, en esta obra, Williamson, realiza otros estudios, por ejemplo, sobre el “Hombre Contractual” (Capítulo II), “La gobernanza y la integración de las organizaciones” (Capítulo II-V), la “Organización del Trabajo” (Capítulo IX y X) y las “Prácticas Monopólicas”.

⁸⁹ Realizó sus estudios en la Universidad de Dakota del Norte, en la Universidad de Oxford y en la Universidad de Harvard. Fue profesor de Economía, hasta su muerte, en la Universidad de Maryland. Olson se caracterizó por su colaboración con gobiernos de diversos países en la construcción de instituciones que impulsaran el desarrollo regional.

⁹⁰ Olson (1965). La edición en español se encuentra en Olson (1992).

⁹¹ Olson (1982). En español: Olson (1986).

⁹² Olson (2000). En español: Olson (2001).

desarrollo económico y en los incentivos para la eficiencia en la producción.⁹³ Finalmente, en *Poder y Prosperidad*, realiza el estudio del camino que lleva a la tiranía, a la anarquía y, finalmente, a la democracia.⁹⁴

La economista Elinor Ostrom (1933-2012)⁹⁵ es reconocida, no únicamente por ser la primera mujer en haber obtenido el Premio Nobel de Economía, en 2009 -que compartió, como mencionamos, con Oliver Williamson-,⁹⁶ sino, además, por sus estudios sobre los recursos comunes y su respectiva *gobernanza*. Estas reflexiones fueron desarrolladas en diversos trabajos, entre los que destaca *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva* (1990).⁹⁷ En éste trabajo analiza la situación de lo que se conoce como *tragedia de los comunes*.⁹⁸

Ostrom propone que, a pesar de que de la figura de propiedad privada y propiedad estatal han funcionado como mecanismos de control de la sobreexplotación de bienes, las normas comunitarias -es decir, instituciones regionales- también pueden ser eficientes para regularla, mediante sanciones creadas en consecuencia, y aceptadas por los integrantes de dicha comunidad (Caballero, 2011, pp. 29-33). Por lo anterior, sus estudios han tenido de gran relevancia para la comprensión y regulación de la economía del medio ambiente; en particular, del fenómeno del *cambio climático*.

Armen Albert Alchian (1914-2013),⁹⁹ al igual que Ronald Coase, se ha distinguido, más que por la publicación de voluminosos tratados, porque los resultados de sus

⁹³ Esto ocurre porque no tienen incentivo alguno para que generen un cambio en las políticas seguidas. Esta teoría será aplicada, para el caso mexicano, en el Capítulo Cuarto, en particular, en el apartado 4.6.2., en el cual nos referiremos a la ausencia de consenso en la elaboración del marco institucional involucrado con el proceso de apertura sectorial o liberalización económica.

⁹⁴ Sobre este aspecto, es conocida su parábola de los autócratas como bandidos que tratan de explotar racionalmente a sus víctimas. Manifiesta que todos los individuos que detentan el poder se interesan de manera global en la prosperidad económica. Pero “un bandido sedentario” es mejor que “un bandido itinerante”; pues, al primero, le interesa que sus víctimas sigan siendo prósperas, de modo que nunca roba todo. Por la misma razón, una autocracia inestable robará más que en una autocracia estable, pues esta última tiene perspectivas a más largo plazo y mayor interés en la prosperidad futura.

⁹⁵ Realizó sus estudios de doctorado, en Ciencia Política, en la Universidad de California. Se desempeñó como profesora en la Universidad de Indiana, en la *Workshop in Political Theory and Policy Analysis* y perteneció también al claustro de la *School of Public and Environmental Affairs*.

⁹⁶ La Academia Sueca manifestó que se le concedía “por su análisis económico de la gobernanza, especialmente de los bienes comunes” (“for her analysis of economic governance, especially the commons”).

⁹⁷ La edición en español es Ostrom (2000).

⁹⁸ Es un término que hace referencia a la situación de degradación del entorno que es esperable cuando muchos individuos usan un recurso en común (Hardin, 1968, pp. 1243-1248).

⁹⁹ Realizó sus estudios en la Universidad de Stanford. Durante unos años perteneció a la Fuerza Aérea. Desde 1958 ha sido profesor en la UCLA. En 1996 se convirtió en miembro distinguido de la American Economic

investigaciones han sido publicadas a través de artículos académicos. Uno de los más relevantes para la Nueva Economía Institucional, es *Incertidumbre, Evolución y Teoría Económica* (1950). En éste, retomando algunos elementos de la Antigua Economía Institucional (en particular, los aspectos relacionados con la Teoría Darwiniana-Evolutiva, tan utilizados por Veblen), Alchian argumenta que deben introducirse los conceptos de información incompleta y de incertidumbre al análisis económico neoclásico para percatarnos que las empresas, al contrario de lo planteado por el enfoque tradicional, no sólo consiguen una *maximización de las utilidades* mediante la *eficiencia en la producción*. Derivado de lo anterior, plantea que la competencia, a través del mercado, elimina a las empresas que no han sabido maximizar sus beneficios. Como resultado de lo anterior, llega a la conclusión que, en todo momento, las empresas supervivientes pueden ser consideradas realmente *maximizadoras de beneficios* (Martín Navarro, 2008).

Por último, tenemos a Geoffrey Martin Hodgson (1946-).¹⁰⁰ Si bien este autor no es, propiamente, perteneciente a la Nueva Economía Institucional, le dedicamos unas líneas debido a las aportaciones que ha realizado como continuador de la visión de la Antigua Economía Institucional y la Economía Evolutiva, en particular, de la corriente iniciada por Thorstein Veblen. En efecto, en diversas obras, entre las que destacan, *Economía e Instituciones: un manifiesto para una Economía Institucional Moderna* (1988), *La evolución de la Economía Institucional* (2004), y *Economía Institucional y Evolutiva* (2007), estudia los procesos evolutivos de las empresas y las instituciones. De especial interés son las repercusiones que, desde su perspectiva, tienen estas últimas -hábitos y normas- en las decisiones de los individuos, mismas que considera como “el tejido de la vida social”.

1.5.5. Características en común

Como podemos apreciar, el grupo de autores, descrito en la presente sección, presenta coincidencias básicas. Por ejemplo, toman en consideración los costes de transacción en sus

Association, fundada por Wesley Mitchell. Aunque por la mayoría de los autores, Alchian ha sido considerado como otro integrante de la Nueva Economía Institucional.

¹⁰⁰ Es profesor-investigador de Ciencias Empresariales de la Universidad de Hertfordshire (Reino Unido). Asimismo, es editor en jefe del *Journal of Institutional Economics*, publicada por la Universidad de Cambridge. Es autor de más de 15 libros, 130 artículos en revistas y 80 colaboraciones en obras colectivas.

modelos, los derechos de propiedad, la visión evolutiva de la economía,¹⁰¹ la incertidumbre, la influencia de las instituciones en las elecciones y la posibilidad de que los agentes económicos intervengan en su elaboración.

Por su parte, Eggertson (1990, p. 18), considera que, además de las anteriores, pueden apreciarse cuatro más, de suma relevancia:

- a) Intentan *modelizar* las restricciones establecidas por las instituciones (formales e informales), a través de las reglas, contratos y acuerdos. De igual manera, buscan desarrollar la estructura idealizada de los derechos de propiedad;
- b) Relajan el supuesto de la Economía Neoclásica (que destaca la información completa y el intercambio sin costes de transacción), otorgando a las instituciones un papel primordial y relevante;
- c) Flexibilizan la hipótesis común de que los bienes poseedores de algún valor, tienen dos dimensiones: precio y cantidad, y
- d) Finalmente, enuncia que, los autores de la Nueva Economía Institucional, analizan las consecuencias que tienen las variaciones cualitativas¹⁰² de los bienes y servicios, para los resultados económicos y la organización del intercambio.

1.6. Crítica y posición de la Nueva Economía Institucional ante algunos supuestos neoclásicos¹⁰³

Antes de referirnos a las críticas a los postulados de la Economía Neoclásica, debemos reiterar que la Nueva Economía Institucional no hace sino una *matización* de sus planteamientos, con el objetivo de hacerlas más realistas y aplicables. Por esta razón, no debe entenderse como una negación a su eficiencia, sino como una reconsideración.

Bajo esta advertencia, en el presente apartado desarrollaremos, partiendo de la noción de *costes de transacción*, el enfoque que posee el planteamiento metodológico

¹⁰¹ Mientras que la Economía Neoclásica, basada en el supuesto de equilibrio, da mayor importancia a lo que se conoce como estática comparativa (comparación de una nueva posición de equilibrio, sin considerar el horizonte temporal que influyó), la Nueva Economía Institucional incluye, en su proceso de análisis, el transcurso del tiempo (dinámica comparativa). En este aspecto, semeja, en cierta medida, con el planteamiento dinámico de la escuela austriaca.

¹⁰² En otras palabras, los bienes no se toman en consideración como homogéneos, como los caracteriza la Economía Neoclásica.

¹⁰³ Una crítica que se encuentra ausente en el presente apartado es relacionado con la justificación y la función de Estado en la actividad económica. La omisión es intencional, ya que, este aspecto, será desarrollado en el Capítulo siguiente.

neoinstitucional sobre el mercado, la elección de los individuos, la información económica y los derechos de propiedad. De esta manera, daremos mayor claridad al panorama sugerido por los autores que integran esta visión.

1.6.1. El Mercado, según la Nueva Economía Institucional

Al contrario de lo planteado por la Economía Neoclásica, la Nueva Economía Institucional deja de percibir al mercado como un “absoluto” en la actividad económica. En efecto, después de una crítica sobre sus principales bondades, lo concibe como una institución incompleta y que puede mostrar las siguientes deficiencias:

- No presenta toda la información sobre los bienes y servicios a través del sistema de precios, es decir, no controla de manera adecuada qué producir, cómo producir y para quién producir (Ramales Osorio, 1997, pp. 35-50);
- No siempre tiende hacia un equilibrio general. Dicho de otro modo, el mercado no se vacía totalmente (Ley de Walras) y la oferta no necesariamente crea su propia demanda (Ley de Say) (Ayala Espino, 1999, p. 87), lo que puede generar múltiples equilibrios;
- Existen restricciones al ingreso por los propios competidores e, incluso, por parte del Estado, a través de sus instituciones y órganos públicos; los individuos pueden tener poder de decisión en los precios y los bienes no son homogéneos (*Ibidem* p. 88), y
- Existen diversas situaciones que el mercado no puede solucionar de manera óptima; es decir, hay fallas del mercado.¹⁰⁴

Ahora bien, debemos añadir que, por lo que se refiere a relación entre el marco institucional y el mercado, tiene que ver, básicamente, con el control de la actividad económica de los agentes (Rodrik y Subramanian, 2003, pp. 31-34); de esta manera, pueden funcionar como *reguladoras* y *delimitadoras* del mismo.¹⁰⁵ Por otra parte, pueden servir como *estabilizadoras* del intercambio.¹⁰⁶ Finalmente, tienen como función la coordinación y

¹⁰⁴ Ejemplo de éstos son los bienes públicos y las externalidades, sea positivas o negativas.

¹⁰⁵ Se ocupan de las externalidades, las economías de escala y la disponibilidad de la información.

¹⁰⁶ Aseguran una baja inflación, minimizan la volatilidad macroeconómica y evitan las crisis financieras (depresiones).

legitimación del funcionamiento del mercado e, incluso, de la articulación de la actividad del Estado.¹⁰⁷

Por otra parte, y por lo que respecta a la relación entre mercado y Estado,¹⁰⁸ coincidimos con otros autores en que, si bien la economía de mercado es excelente generadora de riqueza, su inadecuada estructura produce asimetrías económicas, sociales, políticas e, incluso, ambientales. Por tal razón, el Estado debe responder, a través del diseño y ejecución del marco institucional adecuado, a las demandas de la promoción de áreas estratégicas¹⁰⁹ de la actividad económica y social, y evitar encomendarlas totalmente al mercado (Guimarães, 2008, p. 3).

1.6.2. La elección de los individuos

Otro postulado en el cual difieren, tanto la Economía Neoclásica, como la Nueva Economía Institucional, es el que se relaciona con la manera mediante la cual los individuos toman sus decisiones entre las diversas alternativas existentes.

En efecto, a diferencia de aquella, que plantea la elección de los individuos a partir del principio del *homo economicus*,¹¹⁰ la Nueva Economía Institucional hace una matización de este supuesto. Partiendo de la idea de *racionalidad limitada*, introducida por Herbert Simon (Simon, 1997),¹¹¹ la Economía de los Costes de Transacción concibe un modelo alternativo en el cual las capacidades cognitivas de los individuos se encuentran reducidas (Caballero y Garza, 2010, p. 4); parte de que la *racionalidad limitada* es un instrumento que describe el proceso de decisión de un individuo considerando limitaciones cognoscitivas, tanto de conocimiento como de capacidad computacional. Y es que, como dice el propio Simon, los individuos son “...intencionalmente racionales, pero sólo limitadamente” (1997, p. 4).

¹⁰⁷ Por ejemplo, proporcionar protección social, así como la vigilancia de la redistribución equitativa de la riqueza.

¹⁰⁸ Sobre este aspecto, véase el Capítulo II; en particular, el apartado 2.4 y 2.5.

¹⁰⁹ Por ejemplo, actividades, como: mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, proporcionar servicios básicos (como salud y educación), y creación de infraestructura básica. Sobre las actividades del Estado, según la Nueva Economía Institucional, véase el apartado 2.3 (en particular, el 2.3.4).

¹¹⁰ Este es un término introducido por Alfred Marshall. Significa que el análisis se analizará “estando todo lo demás constante”. Un análisis matemático sobre el término se encuentra en Nicholson (2001, pp. 46-52).

¹¹¹ Sobre el autor, véase el apartado 1.5.4.

Estas limitaciones pueden ser de dos formas: cognoscitivas y no cognoscitivas. Por lo que respecta a las primeras, se encuentran: los límites a la memoria y a la percepción, así como la experiencia y el aprendizaje; en relación con las segundas, encontramos la cultura, los hábitos y los valores (instituciones informales), y así como las Constituciones, leyes y reglamentos (instituciones formales). Lo anterior tendrá como consecuencia que los individuos habrán de elegir, no la decisión más óptima y que resulte de un análisis coste-beneficio pleno,¹¹² sino aquella -o aquellas- que sea acorde con su razonamiento limitado (Ayala Espino, 1999, pp. 118-119).¹¹³

Derivado de lo anterior, puede apreciarse que el papel de las instituciones juega un factor determinante en las decisiones de los individuos, pues, repetimos, la racionalidad de los agentes es limitada, e incluso, partiendo de que la Nueva Economía Institucional considera que puede haber varias decisiones óptimas, las reglas del juego reducen su número, y aumenta el margen de predictibilidad de los fines perseguidos.¹¹⁴

Asimismo, buscan coordinar las elecciones de los agentes involucrados, con dos finalidades: a) reducir la incertidumbre y los problemas derivados de la ausencia o mala información,¹¹⁵ y b) disminuir la posibilidad de una decisión errónea, con los correspondientes costes consecuentes.

De igual manera, y teniendo en cuenta que la Nueva Economía Institucional incorpora el concepto de externalidades,¹¹⁶ las instituciones pretenden disminuir el grado de perjuicios a terceros no involucrados a las transacciones (*externalidades negativas*),¹¹⁷ o bien, delimitar la posibilidad de que un tercero sea beneficiado por una actividad, sin ser parte interesada de

¹¹² Como dijimos anteriormente, esta consecuencia natural es sugerida por la Economía Neoclásica, en relación con el comportamiento racional de los individuos.

¹¹³ Debemos dejar claro lo escrito anteriormente: la racionalidad limitada no considera al individuo como irracional, sino que lo concibe como alguien que razona “con los elementos cognoscitivos y deficiencias que posee”.

¹¹⁴ Sobre este aspecto, y por lo que respecta a la repercusión del marco institucional del CIADI en la decisión del inversionista, es claro que, además de tomar en consideración los diversos costes conocidos a través del mercado (entre los que destacan los factores de producción, así como el ambiente político, social y cultural del país), realizará un balance tomando en consideración la relación de México con el Centro e, incluso, el nivel de cumplimiento de los laudos en los cuales se ha determinado su responsabilidad.

¹¹⁵ Este aspecto será revisado en el apartado siguiente.

¹¹⁶ De manera general, las externalidades son las actividades que afectan a terceros, de manera positiva o negativa; surgen cuando los costes o beneficios privados no igualan los costes o beneficios sociales (Samuelson, 2010, p. 689).

¹¹⁷ En este caso, los agentes no asumen todos los costes y consecuencias de sus decisiones. Un ejemplo es la contaminación ambiental generada por las fábricas y empresas.

la transacción (*externalidades positivas*).¹¹⁸ Relacionado con lo anterior, pretenden generar un equilibrio entre las decisiones individuales y las decisiones sociales o colectivas, es decir, aquellas que pretenden la obtención de un beneficio particular y las que buscan uno de carácter social.¹¹⁹

Finalmente, las instituciones pretenden crear un contexto o, usando un término de Williamson, un ambiente institucional que pueda generar los incentivos para inducir a las personas a actuar de manera más racional. De esta manera, se puede percibir cómo la función de utilidad o la de producción, respectivamente, de un agente racional que invierte recursos y controla las circunstancias que lo rodean, va evolucionando de manera óptima (González, 2011, pp. 321-328).

1.6.3. La información económica

Otro de los postulados de la Economía Neoclásica, que es criticado por la Nueva Economía Institucional, es el que concibe a los individuos como agentes con información completa, o en su caso, de fácil adquisición (Phelps, 1985, pp. 425 *et seq.*).¹²⁰ En efecto, la Economía de los Costes de Transacción argumenta que los individuos eligen con fundamento, no sólo en una racionalidad limitada, sino además con deficiencias relacionadas con el universo de información existente. Estas limitaciones pueden ser de carácter cuantitativo y cualitativo.¹²¹

Lo anterior lleva a que los agentes, partiendo de condiciones de incertidumbre, tomen decisiones subóptimas o erróneas (Ayala Espino, 1999, pp. 157-159),¹²² pues, si bien la información sobre las características de los bienes es capaz de ser adquirida en el mercado respectivo, puede resultar insuficiente y, en muchos casos, difícil de ser comprobada (*Ibidem*, p. 139). El resultado es el aumento de los costes hacia el individuo.¹²³

¹¹⁸ Aquí, un individuo no recibe todos los beneficios de sus decisiones. En consecuencia, existen terceros que pueden disfrutarlos sin pagar un coste. Un ejemplo es el de la proporción de los bienes públicos y la actitud del *free rider* (gorrón).

¹¹⁹ Esta relación la explica, con mayor detalle, Amartya Sen. Al respecto, véase Sen (1976).

¹²⁰ Este enfoque considera que los agentes reciben toda la información sobre la calidad de un bien a través de los precios.

¹²¹ Sobre este aspecto, coincidimos con George Stigler, cuando manifiesta que “difícilmente se debería tener que decirle a los académicos que la información es un recurso valioso: el conocimiento es poder”. Véase Stigler (1961, p. 213).

¹²² Uno de los autores que en mayor medida ha expresado esta característica y la ha relacionado con la actividad del Estado, fue George Stigler, de la Universidad de Chicago. Al respecto, véase Stigler (1971, pp. 3-21).

¹²³ Como veremos en el Capítulo IV, esta fue la situación en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, controversia en la cual el inversionista, invirtiendo de buena fe, nunca tuvo conocimiento, por parte de las

Desde la perspectiva de la Nueva Economía Institucional, pueden generarse dos problemas a partir de las deficiencias de la información: el que surge por la información incompleta, o bien, por tener información asimétrica, es decir, distribuida de manera desigual entre las partes.

Por lo que corresponde a la *información incompleta*, es la situación en la que una de las partes, o ambas, no conocen en su totalidad las características del bien o servicio, objeto de la transacción. Esta situación se genera cuando su obtención puede ser muy difícil, sumamente costosa, e incluso, imposible (Cárdenas y Ojeda, 2002, pp. 153-169). Por ello, existe la posibilidad de la realización de conductas no deseadas, que generen problemas en la eficiencia; por ejemplo, relacionados con la *selección adversa*, así como con una determinada *conducta frente al riesgo*.

En el caso de la *información asimétrica*, ocurre cuando una de las partes tiene un conocimiento mayor sobre el objeto de la transacción, que la otra desconoce (Schotter, 1996, p. 537). Puede presentarse por dos razones: por tener conocimientos ocultos en la calidad o funcionalidad del objeto, o bien, desconocer el comportamiento verdadero de la otra parte.¹²⁴

Las situaciones descritas pueden generar consecuencias que afectan al intercambio. Así, puede presentarse, principalmente, cuatro escenarios: la conducta frente al riesgo, selección adversa, el riesgo moral y problemas entre el agente y el principal. Veamos cada una de ellas:

a) Conducta frente al riesgo

Un individuo puede presentar tres posturas distintas de elección, en relación con el grado o nivel riesgo que prefiera correr. En primer lugar, puede tener *aversión al riesgo*, lo que se traduce en una menor tolerancia para correr en pérdidas. Esta situación le impide obtener mayores beneficios que, de generarse una decisión distinta a la acordada, podría obtener.

autoridades respectivas, de la necesidad de contar con los permisos municipales para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos; lo que dio como resultado la imposibilidad de disponer de su inversión. Véase, al respecto, el apartado, 4.3.1.2.

¹²⁴ En el primer caso, tenemos por ejemplo el caso de que un individuo conoce las fallas de un automóvil que desea vender a otro que las desconoce. En el segundo, se encuentra la situación de ignorancia de las aseguradoras en relación con el comportamiento de sus asegurados.

En segundo, puede provocar una conducta que muestre ser *amante del riesgo*, es decir, la expectativa de la ganancia o utilidad esperada es mayor que la posible pérdida o utilidad del valor esperado (Varian, 1992, pp. 25-26).

Y, finalmente, puede que el individuo sea *neutral al riesgo*, lo que se traduce en que, para éste, la utilidad esperada de la riqueza es igual a la utilidad del valor esperado (*Ídem*). En otras palabras, tanto la ganancia como la pérdida se encuentran en un mismo nivel.¹²⁵

b) Selección adversa

Es la situación en la cual una de las partes dispone de información que desconoce la otra, y la utiliza en su beneficio, lo que trae como consecuencia el desplazamiento de beneficios y costes. El concepto fue desarrollado por John Akerloff, en su artículo titulado: “The Market of ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” (1970, pp. 488-500).¹²⁶

Akerloff planteó que, en el mercado de autos usados, tanto los autos con fallas (“limones”), como los autos en buenas condiciones (“cerezas”), van a venderse en un precio promedio (Akerloff, 1970, pp. 489-490). Los vendedores de autos en buen estado esperan recibir un mejor precio que los de los autos malos. Sin embargo, el comprador, al no poder distinguir uno de otro tipo de autos, pagará el precio promedio del mercado. Esta situación, conocida como de riesgos compartidos, desplazará el mercado de autos en mejor estado. En consecuencia, únicamente quedarán en el mercado autos en mal estado (Zajac, 1995, p. 62) (Schotter, 1996, pp. 541-546).¹²⁷

¹²⁵ En una primera lectura puede relacionarse al mecanismo arbitral como un instrumento que pretende disminuir la *aversión del riesgo* del inversionista, elevando su elección, en consecuencia, a un punto más próximo de la frontera de posibilidades de producción. Sin embargo, una reflexión más profunda nos sugiere que el arbitraje el CIADI pretende armonizar los tres posibles comportamientos. De esa manera, el inversionista, en caso de, por ejemplo, una mala decisión -consecuencia de un acto más arriesgado- no genera externalidades; mientras que el Estado actuará de tal manera que evite la posibilidad de provocar daños por su comportamiento.

¹²⁶ En español, *El mercado de los ‘limones’ (chacharros)*. En este trabajo, el autor expone que, cuando existe información asimétrica, los bienes de baja calidad pueden expulsar del mercado a los bienes que poseen mejor calidad, encontrándonos con un problema de selección adversa.

¹²⁷ Misma situación ocurre en el mercado de los seguros. Debido al precio promedio de las pólizas, los individuos con aversión al riesgo serán desplazados porque, desde su perspectiva, el coste es mayor al beneficio. En consecuencia, las aseguradoras afiliarán, aún sin desearlo, a personas con mayor preferencia por el riesgo. Sobre este aspecto, véase Schotter (1996, pp. 541-546). Por otra parte, y a reserva de que de lo retomemos posteriormente, el caso *Metalclad vs. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1) puede considerarse como originado por un problema de *selección adversa*; en razón de que, el gobierno federal, al autorizar un confinamiento de residuos peligrosos, sin dar a conocer al inversionista que era necesario un permiso municipal para su posterior funcionamiento.

c) Riesgo moral

Se conoce como riesgo o peligro moral a la posibilidad de que una de las partes adopte un comportamiento distinto al acordado, que sea de difícil control por la otra, y que ponga en riesgo a la otra parte. En otras palabras, y utilizando como ejemplo el caso de los seguros, es aquella situación en la que el asegurador, por una conducta deliberada del asegurado -por ejemplo, negligencia-, tiene mayor probabilidad de que tenga que indemnizar por la pérdida asegurada (Schotter, 1996, pp. 538-539).

Esta situación puede presentarse en diversos casos, por ejemplo: el fraude, la evasión de fondos, y, en pocas palabras, toda aquella acción que no lleve inmersos los intereses de la otra parte (Gómez Jacinto, 2008, pp. 2-3).

d) Problemas de agencia-principal¹²⁸

El problema de la agencia y el principal,¹²⁹ concebido como otro de los tres aspectos que sostienen la base teórico-metodológica de la Nueva Economía Institucional,¹³⁰ y cuyo planteamiento tiene semejanza con la conducta basada en el riesgo moral, surge cuando una parte, denominada *agente*, se compromete, a través de un contrato, a llevar a cabo un número determinado de actividades en beneficio de otra, denominada *principal*. Para tal efecto, generalmente, el primero delega al segundo poderes para la realización de actos de autoridad, o bien, le otorga derechos, no tanto de propiedad, sino de decisión, entendidos como la concesión de la autoridad hacia el agente para la toma de decisiones (Peris-Ortíz, *Et al.* 2012, p. 109). La siguiente figura presenta un ejemplo de la escala de derechos transferidos y los sujetos a quienes se delegan, en una sociedad anónima:¹³¹

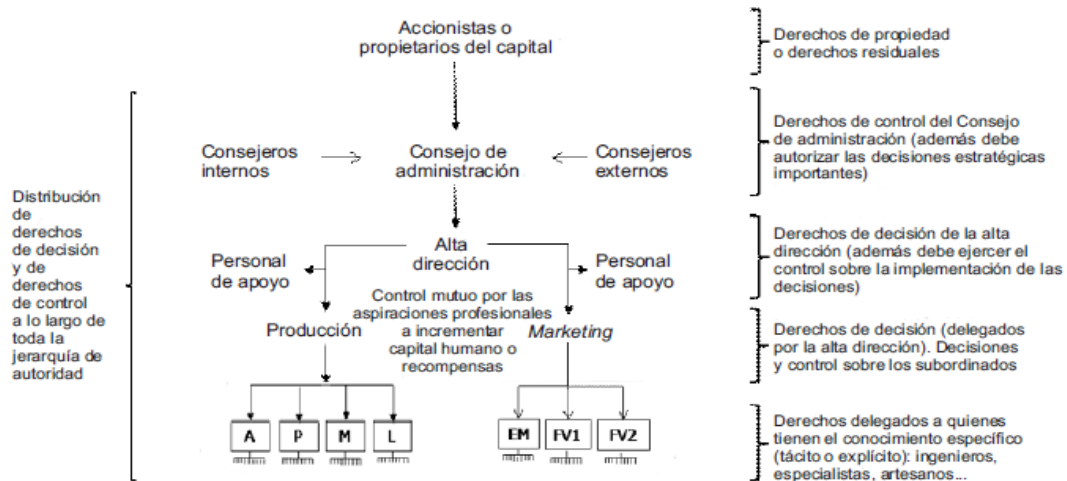
¹²⁸ Debemos mencionar que, el estudio y comprensión de este aspecto, será complementado con el análisis que, en torno a los problemas de ejecución del marco institucional por parte de los órganos públicos, desarrollaremos en el Capítulo IV. Por otra parte, en el Capítulo III veremos que, los problemas basados en la teoría de la agencia, pueden ocasionar una aplicación ineficiente del marco institucional. Véase el apartado 2.4.4.

¹²⁹ El primer autor que exploró los problemas de esta teoría es Stephen Ross. Al respecto, véase Ross (1973, pp. 134-139).

¹³⁰ Como expusimos en el apartado 1.1, las otras dos bases, son: la Teoría de los Costes de Transacción y la Teoría de los Derechos de Propiedad.

¹³¹ En esta figura, "...el empresario concentra los tres tipos de derechos. Los derechos sobre el residual, como propietario del capital y responsable máximo de la empresa; los derechos de control, de los cuales es el responsable máximo aunque comparta esta tarea con otros directivos; y los derechos de decisión, en cuya aplicación tiene la autoridad máxima" (Peris-Ortíz, *Et al.*, 2012, p. 109). Este cuadro nos resultará de suma utilidad para estudiar el comportamiento arbitrario de los órganos públicos mexicanos en relación con los actos que ocasionaron perjuicios a los inversionistas extranjeros demandantes, que analizaremos en el Capítulo IV.

SEPARACIÓN DE DERECHOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA



(Tomado de Peris-Ortiz, Et al., 2012, p. 114).

El diagrama anterior nos permite descubrir que los principales problemas que puede generar esta relación se encuentran reflejados en los costes, presentándose, comúnmente, de tres tipos: a) costes relacionados con el diseño y formalización de los contratos; b) costes de regulación y monitoreo del agente (costes de control);¹³² c) costes relacionados con la fianza,¹³³ y c) costes por riesgos asumidos por el agente (y que el principal no hubiera asumido). En otras palabras, los costes que el principal debe incurrir por las decisiones que el agente haya tomado y que, en un sentido más racional, no eran necesarios (*coste residual*). (Jensen y Meckling, 1976, p. 308).¹³⁴

Para finalizar este apartado, presentamos la siguiente tabla, que muestra las diferencias más conocidas entre la Economía Neoclásica y la visión de la Nueva Economía Institucional:

¹³² Estos costes tienen como finalidad que las divergencias entre el agente y el principal sean reducidas lo mayor posible.

¹³³ Costes que buscan que el principal no se desvíe de lo acordado.

¹³⁴ En el Capítulo IV, veremos que, a partir de la Teoría de la Agencia, es posible demostrar que la ineficiencia del marco institucional mexicano, diseñado a partir de la apertura sectorial y, en particular, con la suscripción del TLCAN, se ha debido a una falta de mecanismos de control y vigilancia por parte de los ciudadanos en relación con los órganos públicos que ejecutan las instituciones. De igual manera, para su aplicación teórica en el comportamiento del Estado en relación con la aplicación del marco institucional, véase el apartado 2.4.4.

Cuadro 1.6.3. Principales diferencias entre la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional

I. En relación con el mercado

| Economía Neoclásica | Nueva Economía Institucional |
|---|---|
| 1. Existe un equilibrio óptimo. | 1. Existen múltiples equilibrios óptimos. |
| 2. Libre de obstáculos para ingresar. | 2. El ingreso está obstaculizado. |
| 3. Las instituciones son un elemento exógeno al funcionamiento. | 3. Las instituciones deben considerarse como factor endógeno. |
| 4. Carece de fallos. | 4. Presenta fallos (ej. bienes públicos). |
| 5. La oferta y la demanda se coordinan de manera óptima. | 5. No siempre hay una coordinación entre oferta y demanda. |
| 6. No hay externalidades, o bien son de poca importancia. | 6. Hay externalidades que provocan con costes sociales. |
| 7. Genera una correcta distribución del excedente social. | 7. No genera, por sí sólo, una adecuada distribución del excedente social. |
| 8. Está completo y armonizado. | 8. Es incompleto y fragmentado. |
| 9. El intercambio es homogéneo y sincronizado, es decir, realizado en un mismo momento. | 9. El intercambio no es homogéneo y puede llevarse a cabo en diversos momentos. |

II. En relación con la elección de los individuos

| Economía Neoclásica | Nueva Economía Institucional |
|--|---|
| 1. Racionalidad ilimitada. | 1. Racionalidad limitada. |
| 2. Elección óptima. | 2. Elección acorde con su razonamiento. |
| 3. Existe un ambiente óptimo para las decisiones. | 3. No hay un ambiente óptimo para las decisiones. |
| 4. Sólo una posible elección. | 4. Múltiples elecciones. ¹³⁵ |
| 5. Elección basada en totalidad de información. | 5. La elección se basa en la información disponible. |
| 6. La coordinación es óptima entre las decisiones. | 6. No hay una coordinación óptima entre las decisiones. |
| 7. Las decisiones erróneas generan costes al agente. | 7. Las decisiones erróneas genera costes externos o sociales. |

¹³⁵ Debemos destacar que las instituciones, según la Nueva Economía Institucional, limitan las decisiones a aquellas que pueden ser socialmente eficientes, es decir, que no afecten a la colectividad.

III. En relación con la información económica

| Economía Neoclásica | Nueva Economía Institucional |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Es completa. 2. Su adquisición es gratuita. 3. Existe en la misma proporcionalidad para las partes (simétrica). 4. Obtenida al momento de la decisión. 5. Es confiable y verdadera. 6. Siendo uniforme y verdadera, genera una conducta <i>maximizadora</i> de utilidad. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Es incompleta. 2. Su adquisición es costosa. 3. La información no se encuentra en la misma proporción (asimétrica). 4. Obtenida a destiempo. 5. No es confiable y puede ser errónea. 6. Siendo uniforme y verdadera, genera cuatro tipos de conducta: aversión, amor e indiferencia al riesgo. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor).

1.7. Derechos de propiedad

En diversas ocasiones hemos mencionado que, junto con los costes de transacción y el problema del agente-principal, el tema de los derechos de propiedad pueden considerarse como otro de los tres pilares de la Nueva Economía Institucional.

En efecto, a diferencia de la Economía Neoclásica, el enfoque de la Nueva Economía Institucional les otorga demasiada importancia, en razón de que no los tiene como un factor propiamente dado; es decir, que no han sido establecidos previamente al proceso económico. Esta situación -la mala definición- puede provocar cambios en las decisiones de los agentes, con los correspondientes costes y beneficios sociales. Por esta razón, autores como el propio Ronald Coase (1994), así como Armen Alchian y Harold Demsetz (1973) han profundizado en este elemento, relegado, por mucho tiempo, por la metodología ortodoxa.¹³⁶

1.7.1. Definición de derechos de propiedad

Una primera aproximación es la que presentan Armen Alchian y Harlod Demsetz, quienes han sido considerados, junto con Gary Libecap,¹³⁷ los iniciadores del estudio de los derechos de propiedad desde la perspectiva metodológica de la Nueva Economía Institucional. Los economistas pertenecientes a esta escuela los consideran como la posibilidad de usar los recursos a disposición del agente (sean bienes corpóreos, como el capital; o bien, incorpóreos,

¹³⁶ El estudio de este tema podrá complementarse con el Capítulo II; en particular, el apartado 2.2.5, relacionado con la justificación de su existencia como creador y vigilante del marco institucional, así como con el apartado 2.3., donde abordamos la función del Estado como creador de las diversas instituciones formales de un país.

¹³⁷ En particular, por su artículo titulado *Toward and Understanding of Property Rights*, en North *Et al.* (1996).

como las ideas), bajo las modalidades establecidas por el Estado (Alchian y Demsetz, 1973, p. 3).¹³⁸ Por su parte, Douglass North, los define como el producto o resultado de la intervención deliberada de los agentes sociales, en particular, en relación con su creación, mantenimiento y modificación (citado por Ayala Espino, 1999, pp. 222-223); en consecuencia, no son un producto únicamente de alteraciones en los precios, o bien, del cambio tecnológico (como sostiene la Economía Neoclásica, o, para el caso del segunda variable, autores como Marx, Veblen y Schumpeter).

Una de las definiciones que combina, tanto elementos jurídicos, como económicos propios de la Nueva Economía Institucional, es la que propone el economista Svetozar Pejovich. En efecto, este autor sugiere que los derechos de propiedad se componen del conjunto de instituciones económicas y sociales que definen la posición (y decisión) de los individuos con respecto a la utilización de los bienes (1985, pp. 20-21); siguiendo con esta línea, agrega que también pueden considerarse como “...las relaciones conductistas sancionadas que surgen como consecuencia de la existencia de bienes escasos que cada uno de los miembros de la comunidad deberá observar en sus interacciones con otras personas, so pena de soportar el coste de la inobservancia” (*Ídem*).¹³⁹

Finalmente, un economista contemporáneo, Carlos Elizondo Meyer-Sierra, partiendo de la noción de propiedad como “una relación social” (2001, p. 26), y, de manera más detallada, como un conjunto complejo de derechos y obligaciones,¹⁴⁰ los define como “...un sistema de reglas que relacionan a los actores sociales con los objetos” (*Ídem*); es decir, como un conjunto ordenado de disposiciones que vinculan al individuo con un bien, sea tangible o intangible.

De lo anterior, y tomando las características de las tesis propuestas, podemos derivar que los derechos de propiedad pueden ser considerados como aquellos que definen la potestad que tiene un individuo para utilizar y disponer de un bien, sea material o inmaterial, y cuya limitación es establecida por una autoridad pública -el Estado- en un sistema

¹³⁸ Nuevamente se destaca, a través de este término, lo que se dispone en el artículo 27 de nuestra Constitución, al hacer mención, en su tercer párrafo, que “(l)a nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público”.

¹³⁹ Como podemos apreciar, Pejovich otorga una visión más determinista en relación con la capacidad de elección de los individuos, propuesta originalmente por la filosofía conductista, y que habría de adoptar, como demostramos en su momento, por la Antigua Economía Institucional.

¹⁴⁰ Esta idea puede encontrarse, de manera más detallada, en Snare (1972, p. 200).

normativo, diseñado a través de la intervención y negociación deliberada de los agentes o grupos sociales.¹⁴¹

1.7.2. Derechos de propiedad, según la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional

Hemos mencionado que, para la Economía Neoclásica, los derechos de propiedad, al igual que otros aspectos, son tomados como factores exógenos al proceso de producción.¹⁴² En efecto, partiendo de la noción de escasez de recursos, establece que los agentes únicamente se interesan por tomar la decisión sobre sus factores de producción que más se acerque a la frontera de posibilidades de producción, es decir, que sea óptima en el sentido de Pareto.

De lo anterior se deriva que, los recursos disponibles, equivalen a un conjunto de derechos determinado previamente, los cuales se encuentran en completa disposición de los agentes. En otras palabras, no tiene restricción alguna para su utilización, más que los costes que puede generar una mala utilización de los mismos (Ayala Espino, 1999, pp. 215 y 216).

En contraste, para la Nueva Economía Institucional no se encuentran previamente establecidos, por lo que las diversas modalidades para su utilización, determinadas por los agentes con poder de decisión a través de una ley (o bien, a través de los propios tribunales, como en el caso del derecho anglosajón), pueden generar diversas opciones para la utilización e intercambio de los recursos (opciones en torno al ahorro, la inversión, el comercio y el gasto), lo que se traduce en un mayor o menor desempeño económico (Coase, 1994, p. 163).

1.7.3. Modalidades de los derechos de propiedad

Como dijimos anteriormente, los autores que trabajan bajo la metodología neoinstitucional argumentan que los derechos de propiedad nunca son plenos, es decir, no pueden ser utilizados de manera total, ya que pueden generar daños a terceros (Coase, 1994, p. 122); no existe una disponibilidad efectiva de los bienes que representan, ya que las instituciones -

¹⁴¹ En relación con la última parte de la definición propuesta, no debemos olvidar que las instituciones, desde la perspectiva *contractualista*, son determinadas por los agentes y sectores sociales que tienen un mayor poder de negociación en el Congreso o parlamento. Este aspecto quedará más claro cuando, en el Capítulo IV, estudiemos las causas de la ineficiencia del marco institucional diseñado a partir de la suscripción del TLCAN.

¹⁴² Al igual que la calidad y la cantidad de la información disponible, los autores neoclásicos consideran que los derechos se encuentran delimitados de manera óptima. Asimismo, suponen que la transmisión y protección de los mismos no genera coste alguno (costes de transacción). En consecuencia, únicamente se preocupan por el proceso de elaboración de bienes y prestación de servicios.

sean formales o informales- generan, por ejemplo, el derecho a que el ganado padezca -o no- en un cultivo; el derecho a que una persona contamine -o no- el medio ambiente, o, por último, el derecho a utilizar un bien -o abstenerse de usarlo- para aprovechar la totalidad de su capacidad productiva (San Emeterio Martín, 2006, p. 60).

¿A qué corresponden tales condicionamientos? Básicamente, pueden considerarse como las modalidades que, en relación con su utilización, han determinado los agentes que tienen influencia en los procesos de formalización de los mismos (empresarios, grupos sociales, políticos).¹⁴³ Estas modalidades o limitaciones corresponden, al menos teóricamente, a consideraciones que se establecen, principalmente, en la Constitución¹⁴⁴ (las cuales se fundamentan en el llamado “interés social”, el “orden público”, la seguridad nacional, entre otras). En otras palabras, pretende reducir los daños y perjuicios - externalidades negativas- y los correspondientes costes sociales que, en relación con su plena utilización, se generan; situación que, como dijimos, omiten los representantes de la Economía Neoclásica.¹⁴⁵

1.7.4. Mecanismos de creación

El tema de la creación, reforma y abrogación de los derechos de propiedad ya fue parcialmente explicado al referirnos a la creación de las instituciones.¹⁴⁶ Y es que, como dijimos anteriormente, entre las instituciones formales se encuentran las leyes, y éstas, como dijimos en nuestra definición propuesta, contienen los derechos de propiedad.

Basta recordar, sin embargo, que pueden sufrir cambios de tres maneras: a) ocasionados la transformación que produce el desarrollo tecnológico (como enuncia el

¹⁴³ Esta reflexión permitirá comprender cómo, en el proceso de apertura sectorial estudiado en el Capítulo IV, los grupos empresariales que participaron en la elaboración del nuevo marco institucional, influyeron en su elaboración; lo que, en consecuencia, generó un sistema legal emitido bajo intereses particulares, y que ahora se ha traducido, por su mal funcionamiento, en demandas arbitrales ante el CIADI.

¹⁴⁴ En el caso mexicano, quedan estipulados en el art. 27 de la CPEUM, los cuales pueden considerarse como principios para la asignación y delimitación de los derechos de propiedad. Sobre éstos, y su aplicación a los derechos relacionados con la IED, véase el apartado 3.4.2.1., del Capítulo III.

¹⁴⁵ Es claro que, para la Nueva Economía Institucional, la delimitación de los derechos de propiedad se encuentra en el marco institucional. A manera de ejemplo, la Constitución mexicana establece, en su artículo 27, al cual ya nos hemos referido anteriormente, que los derechos sobre la propiedad (por ejemplo, sobre las inversiones extranjeras), estarán sujetos a “...las modalidades que dicte el interés público”.

¹⁴⁶ Véase apartado 1.2.2.

enfoque evolucionista);¹⁴⁷ b) a través del paso del tiempo y las consecuentes transformaciones sociales (como lo explica el enfoque histórico, desarrollado por Douglass North), y c) mediante acuerdos celebrados por los organismos públicos competentes y respaldados y legitimados por la ciudadanía, a través de sus representantes (entendido bajo el enfoque contractual).¹⁴⁸

1.7.5. Clasificación

La Nueva Economía Institucional tiene su respectiva forma de clasificación de los derechos de propiedad, misma que se diferencia, hasta cierto punto, de la nomenclatura utilizada por la teoría jurídica.¹⁴⁹ De esta manera, y partiendo de la hipótesis de la *ausencia de propiedad*,¹⁵⁰ son clasificados, en: a) derechos de propiedad privada; b) derechos de propiedad comunal, y c) derechos de propiedad pública o estatal. Veamos cada una de ellas.

- a) *Derechos de propiedad privada*: son los que posee un individuo, quien es legitimado por otra institución para su uso y goce. Sus características fundamentales son dos, a saber: el derecho de *exclusividad* y el de *transferencia voluntaria* (Pejovich, 1985, p. 21). Estos son los que tienen mayor interés en la actividades económicas cotidianas, es decir, en la producción y consumo, debido que, por medio de una relación contractual, pueden ser intercambiados;
- b) *Derechos de propiedad comunal*: son aquellos que pueden ser ejercidos o disfrutados por todos los miembros de la comunidad; es decir, el *principio de exclusividad* se encuentra matizado, relegado, o bien, omitido. De igual, manera, no pueden ser

¹⁴⁷ Como hemos mencionado, este criterio es defendido por la mayoría de los autores de la Antigua Economía Institucional y, entre los contemporáneos, Geoffrey Hodgson. Sobre los autores, véase el apartado 1.5.

¹⁴⁸ Este es el enfoque continuado por los autores de la Escuela de la Elección Pública, del cual haremos referencia en el Capítulo II; en particular, en el apartado 2.2.3 (naturaleza del Estado), y 2.3.2 (función del Estado como creador del marco institucional).

¹⁴⁹ La teoría jurídica, en particular, el Derecho Civil, los clasifica en *derechos reales* y *derechos personales*. Asimismo, el derecho constitucional, los divide en *derechos individuales* y *derechos sociales*.

¹⁵⁰ Sobre este aspecto, North y LeRoy Miller, manifiestan que "...la distinción entre 'propiedad' y 'no propiedad' es crucial para entender los incentivos que gobiernan la utilización de recursos. Por ejemplo, los océanos en todo el mundo, y aún las aguas internas, no son propiedad de alguien y el resultado es un mundo fantástico de restricciones irracionales". Véase North y Leroy Miller (1985, p. 125).

transferidos. Algunos ejemplos, son: el derecho de paso (servidumbres) y el derecho de pesca;¹⁵¹

- c) *Derechos de propiedad pública*: son aquellos que el Estado conserva para sí mismo para la realización de sus respectivas funciones; en otras palabras, los particulares quedan excluidos de su uso y goce. Ejemplo de éstos, son: la ocupación de terrenos federales, de inmuebles de alguna dependencia, o de algún servicio que sea propio de la actividad estatal (Ayala Espino, 1999, pp. 229-232).

Una nomenclatura adicional es la que, en relación con la teoría de la agencia, han propuesto otros autores (Peris-Ortíz, *Et al.* 2012). En este sentido, y partiendo de la funcionalidad y desempeño de la empresa u organización, los han clasificado como:

- a) Derechos de propiedad: también llamados *derechos residuales* o *derechos sobre el residual*. Generalmente recaen sobre los accionistas;
- b) Derechos de control: son los que facultan o delegan a uno o más individuos la capacidad para supervisar el funcionamiento y desempeño de los subordinados dentro de la empresa. Corresponden al Consejo de Administración; y
- c) Derechos de decisión: son los que delegan un marco de responsabilidad a uno o más sujetos, permitiéndoles ejecutar actos en las tareas propias en su esfera de acción. Recaen en el director o la alta dirección (*Ibidem*, p. 109).

1.7.6. *Repercusiones en la actividad económica*

Una primera consecuencia, de carácter más general (ya que corresponde, también, a otros tipos de instituciones, sean formales o informales), es que los derechos de propiedad, si reúnen las características que les hacen funcionales, permiten una asignación más eficiente de los factores que, en relación con los bienes, dos o más agentes tienen en una comunidad determinada.¹⁵² Asimismo, influyen en la determinación del valor, expresado en el precio de los factores o bienes a utilizar (Ayala Espino, 1999, pp. 218 y 219).¹⁵³

¹⁵¹ Los efectos de este tipo de derechos fueron estudiados por dos autores, ya referidos anteriormente. En primer lugar, por Garret Gardin; y en segundo, por Elinor Ostrom. Para el primero, véase Hardin (1968, pp. 1243-1248), y la segunda, véase Ostrom (1990).

¹⁵² Sobre esta función, véase Alonso y Garcimartín (2008).

¹⁵³ En relación con este punto, Ayala Espino sugiere que "...entre más restricciones enfrente un activo, su valor puede subir o bajar; por ejemplo, en una zona residencial, en la cual estén prohibidas las construcciones para

En primer lugar, y por lo que se refiere al desempeño de la economía, los derechos de propiedad afectan, según Svetozar Pejovich, en dos aspectos: a) definen el carácter general de la actividad económica nacional, y b) determinan las decisiones de los agentes (1985, p. 29).

Por lo que se refiere al primero, consideran que las relaciones que se derivan a partir de la definición de los derechos de propiedad afectan el comportamiento del mercado y, de manera recíproca, los derechos de propiedad se ven determinados por el mismo comportamiento. Por lo que se refiere a las decisiones de los agentes, pueden plantearse diversas consecuencias, mismas que pueden dividirse en consecuencias *ex ante* y consecuencias *ex post*.

Relacionado con las consecuencias *ex ante*, determinan, de manera particularmente decisiva, la estrategia de elección y conducta de los agentes (Ramírez de Aguilera *Et al.*, 2001, pp. 334 y 335); por ejemplo, en la elección sobre el destino, la temporalidad y el riesgo de una inversión, la preferencia por el ahorro, por el gasto o, en última instancia, por el consumo. Dicho en otros términos, surgen para determinar el grado de intensidad de la utilización de los derechos de propiedad en la actividad económica, incluso, la prohibición de la misma (Schotter, 1996, pp. 15-18).¹⁵⁴

Por lo que respecta a las consecuencias *ex post*, los derechos de propiedad influyen en la función del coste-beneficio de los agentes; es decir, determinan los resultados que sus elecciones pueden tener. Por ejemplo, las sanciones por el inadecuado uso de los derechos de propiedad, resultado de la violación a las restricciones que, en materia ambiental, el Estado ha establecido (Stiglitz, 1993, pp. 642-645).¹⁵⁵

uso comercial o industrial sube su valor residencial, pero baja su valor comercial” (Ayala Espino, 1999, p. 218 y 219).

¹⁵⁴ Este autor pone como ejemplo la actividad pesquera, actividad que es prohibida durante determinados momentos del año, para permitir la reproducción y gestación de los peces.

¹⁵⁵ Sobre las restricciones al uso de los derechos de propiedad, veremos que, en el caso *Metalclad vs. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1), se argumentó que el respectivo permiso municipal no fue otorgado, en razón de que afectaba el medio ambiente; es decir, generaba externalidades negativas o costes sociales.

1.8. Consideraciones finales

De lo expuesto en el presente Capítulo, podemos obtener las siguientes consideraciones finales:

En *primer lugar*, por lo que respecta a las definiciones y mecanismos de creación del marco institucional, podemos percatarnos que resaltan aspectos de gran relevancia. Por ejemplo, en relación con los conceptos, vemos que, tanto las propuestas planteadas por los economistas pertenecientes a la Antigua Economía Institucional, como las de autores de la Nueva Economía Institucional, dan preferencia a una característica para la elaboración de lo que entienden por ellas; en este sentido, los primeros hacen hincapié en la naturaleza consuetudinaria o informal, mientras que los segundos prefieren aquellas que son creadas mediante mecanismos formales de elaboración.

De igual manera, de lo escrito, resalta el carácter complementario de ambas para comprender aspectos como la eficiencia e ineficiencia del marco institucional en un país y momento determinado; argumento que se ve reforzado por sus métodos de creación, pues, al demostrar que proceden de fuentes distintas, reconocen que pueden actuar en un mismo espacio temporal y geográfico.

En *segundo lugar*, por lo que acontece a la clasificación, es posible retomar la reflexión realizada en el párrafo anterior. En efecto, los puntos fuertes que permiten su catalogación, nos dan a conocer que se encuentran plenamente en armonía para comprender el fenómeno institucional en sus diversos ámbitos. No sólo eso, sugieren que existe interdependencia entre cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de la clasificación en razón de su nivel, podemos encontrar que, a partir de las pertenecientes al primero, emanan las del segundo, y así sucesivamente; incluso, dicha catalogación demuestra que existe cierto margen de retroalimentación entre cada uno, lo que las convierte, *per se*, en fuentes de cambio institucional.

En *tercer lugar*, demostramos que la introducción, a la metodología económica, de los costes de transacción, se ha convertido en el principal determinante que justifica la aparición de las instituciones. De manera más específica, en razón de la existencia de este tipo de costes en los acuerdos que definen el intercambio económico, las instituciones se convierten en un

elemento reductor de los mismos. En consecuencia, permiten desarrollar estudios más alejados, por su abstracción, a la predictibilidad; pero, por su realidad, más prácticos y útiles para la comprensión del desempeño económico.

En *cuarto lugar*, el acercamiento a los principales autores, a partir del estudio de sus obras más relevantes, nos facilita el redescubrimiento del entorno en el cual ha evolucionado esta nueva metodología; incluso, nos permite prever hacia dónde pueden dirigirse las futuras investigaciones. Por ejemplo, la óptica de North sugiere que podrían desarrollarse trabajos sobre el mal desempeño económico de México en etapas antecedidas por reformas institucionales relevantes, como en el periodo posrevolucionario y, de manera más actual, a partir del proceso de apertura sectorial, iniciado a finales de los ochentas y continuado hasta nuestros días.

Lo mismo ocurre en materia de IED. En efecto, a partir del estudio de los trabajos -y las correspondientes aportaciones- de Ronald Coase y Oliver Williamson, podemos percatarnos que los acuerdos para la importación de capitales pueden generar costes de transacción que es necesario reducir. Dicha reducción puede lograrse con el establecimiento de mecanismos de vigilancia ofrecidos por el Estado, así como la colaboración estatal con organismos especializados en tales actividades económicas, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del cual hablaremos detalladamente en el Capítulo III.

En *quinto lugar*, al estudiar las críticas que hace la Nueva Economía Institucional a los postulados básicos de la Economía Neoclásica (en particular, la matización que hace de ellos), señalamos que presentan una clara justificación en torno a la existencia de las instituciones. Por ejemplo, por lo toca a la crítica en torno al funcionamiento del mercado, los debates demuestran que las instituciones son fundamentales para regular, coordinar y delimitar el intercambio económico; mientras que, en relación con la elección de los individuos, su racionalidad limitada, reduce la posibilidad de tomar decisiones erróneas, y, en caso, de suceder, internalizar las externalidades originadas por el mal comportamiento.

Finalmente, en *sexto lugar*, en relación con los derechos de propiedad, podemos apreciar que, en razón de que no se encuentran plenamente definidos, su grado de delimitación determinará las elecciones individuales relacionadas con la inversión, el consumo, el gasto, o bien, con el ahorro, tanto de los productores, como de los consumidores. Asimismo, su definición -o ambigüedad- tendrá repercusión en su valorización, es decir, en su precio, así como en sus consecuencias, sean positivas o negativas.

Por otra parte, las modalidades que pueden imponerse al uso y disposición de los derechos de propiedad -pues, como demostramos en el apartado respectivo, a diferencia de la ENE, para la Nueva Economía Institucional, no se tiene una libertad absoluta en su utilización- buscan coordinar los intereses privados con los colectivos; modalidades estipuladas en el marco institucional y conocidas bajo el catálogo o concepto de “orden público” e “interés social”. De esta manera, se pretende generar un punto de producción acorde con los intereses respectivos.

Asimismo, y como podremos entender completamente a partir de la lectura de los capítulos posteriores, la creación o modificación de tales derechos puede convertirse en un “botín político”, debido a que dichas actividades recaen sobre organismos públicos, integrados por grupos con intereses determinados. Por otra parte, y retomando el elemento del “orden público”, veremos que puede convertirse -y, de hecho, se ha convertido- en un argumento sumamente utilizado por el Estado para llevar a cabo actos que han perjudicado a sus poseedores; por ejemplo, los comportamientos que algunos organismos públicos han realizado para restringir, y perjudicar, los derechos de los inversionistas extranjeros, en relación con sus inversiones, han sido defendidos, como veremos en el Capítulo IV, bajo los conceptos de “orden público” e “interés social”.

CAPÍTULO II

FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, SEGÚN LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

2.1. Consideraciones generales

I

Como escribimos en las consideraciones generales del Capítulo I, su objetivo era esbozar un panorama general de la perspectiva conocida como Nueva Economía Institucional. En este sentido, expusimos algunos antecedentes históricos, sus principales iniciadores, así como las bases que le dan sustento, haciendo hincapié en los elementos teóricos que nos serían de utilidad para la construcción del aparato teórico del presente estudio. Entre dichos elementos, resaltan: la clasificación de las instituciones, sus mecanismos de creación, un panorama sobre la teoría de los costes de transacción, y su posición y crítica en torno a algunos postulados de la Economía Neoclásica, por ejemplo: en relación con la actividad del mercado, la elección individual y la información económica.

Sin duda alguna, el tema de los derechos de propiedad fue el que desarrollamos con mayor profundidad, ya que, su perspectiva, es una de las grandes diferencias que tiene la Economía Neoclásica con la Economía de los Costes de Transacción. En efecto, al contrario de aquéllos -quienes los tienen por variables exógenas, los dan por delimitados, o bien, como dados previamente-, los economistas neoinstitucionales argumentan que los derechos de propiedad no se encuentran plenamente definidos. Esta situación, decíamos, puede ocasionar problemas de asignación de recursos y elaboración de acuerdos y transacciones económicas, así como generar externalidades, sean positivas o negativas. Lo anterior, expusimos, justifica la existencia del marco institucional, ya que, entre sus funciones, se encuentra la delimitación de tales derechos.

Aunado a lo anterior, enunciamos que le corresponde al Estado la función de vigilar el cumplimiento de las instituciones, así como de los acuerdos económicos celebrados entre los agentes, para evitar que dichos arreglos se contrapongan al interés colectivo o social. No obstante, no profundizamos en el tema, advirtiendo que lo retomáramos posteriormente.

Será, pues, en este capítulo, donde ampliaremos dicho análisis.

II

En primer lugar, estudiaremos algunas de las definiciones que, tanto los economistas de la Nueva Economía Institucional, como algunos organismos internacionales (en particular, el Banco Mundial), han sugerido para relacionarlo con la actividad económica. Explicaremos su origen, partiendo de la hipótesis de que ha sido el aumento de la complejidad de las transacciones, la causa por la cual surgió y fue formalizado; relacionado con lo anterior, veremos, en un apartado dedicado a su naturaleza, que, si bien su nacimiento tenía, originariamente, la función de coordinar y hacer cumplir los acuerdos, su actuación posterior dejó entreclaro que puede desempeñarse de diversa maneras, entre las que se encuentran las siguientes: a) un organismo *maximizador* de la riqueza; b) como un árbitro imparcial, que dirima las controversias entre los agentes (posición sostenida por la Nueva Economía Institucional), y c) como instrumento de un grupo de poder.

Líneas después, profundizamos en su interior, analizándolo como organización y como institución (en particular, como arreglo institucional). Dicho enfoque nos permitirá plantear una visión integral del Estado desde la perspectiva neoinstitucional, lo que nos ayudará a contemplar que, su actividad como una y otra -es decir, como organización y como institución- puede generar el cambio institucional. Posteriormente, exponemos algunas teorías que justifican su existencia, sobre todo, la que le destaca como impulsor del desarrollo económico del país; lo abordaremos, además, como elemento socio-político, como coordinador del mercado y como creador y vigilante del marco institucional. Finalizaremos explicando algunas de las ventajas y desventajas que, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, genera su participación en las transacciones.

En el apartado 2.3, presentamos las funciones que, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, debe realizar para incentivar la actividad económica. En primer lugar, destaca su papel como creador del marco institucional, es decir, de proporcionar las reglas del juego que regirán el intercambio económico. Relacionado con lo anterior, otra actividad fundamental es la vigilancia de su cumplimiento; y es que, además de establecerlas, debe diseñar los mecanismos para que sean cumplidas adecuadamente por los agentes, por ejemplo, a través de tribunales judiciales eficientes y competentes.

Otra de las funciones que expondremos es la de procurar que, tanto la información pública, como la privada, sea suministrada en “cantidad suficiente”, para que el agente tome

una decisión lo más racional posible; ya que, recordemos, otra de las críticas que la Nueva Economía Institucional hace a la Economía Neoclásica es que la información no es completa y, en muchos casos, es confusa o errónea.

En relación con la del primer tipo, pretende que sus organismos públicos provean al mercado la relativa al marco institucional, así como la relacionada con los procedimientos y trámites administrativos. Por lo que se refiere a la de naturaleza privada, busca que las empresas y productores ofrezcan la información relacionada con sus bienes y servicios, para que sean mejor aprovechados por los consumidores e, incluso, entre las partes interesadas en generar una transacción lo más equitativa posible. A la par de lo anterior, enunciaremos las actividades que otras corrientes económicas, como la keynesiana, han propuesto: estabilidad macroeconómica, servicios básicos e infraestructura, protección de grupos vulnerables y defensa del medio ambiente.

En el apartado 2.4, presentamos las consecuencias relacionadas con el Estado que, según la Nueva Economía Institucional, genera un marco institucional eficiente. En efecto, si bien las disposiciones que coordinan la actividad del mercado son necesarias para mejorar el desempeño económico, su existencia, *per se*, puede convertirse en un cúmulo de buenos principios... pero sin eficacia alguna; incluso, es probable que obstaculice el intercambio económico, ocasionando objetivos contrarios a los deseados originariamente.

Entre las consecuencias, estudiaremos la falta de capacidad del Estado, en particular, la ausencia de un poder judicial eficiente y una inadecuada organización administrativa de los organismos encargados de realizar los procedimientos y trámites administrativos necesarios para los intercambios entre los agentes. De igual manera, la contraposición entre las instituciones formales, con las de origen consuetudinario, genera un mal desempeño del sector público, incluyendo, por supuesto, mayores costes de aplicación. Este aspecto nos permite demostrar la reflexión que hicimos en torno a la clasificación entre instituciones formales y formales, expuesta en el Capítulo I; clasificación que, si bien la Nueva Economía Institucional otorga mayor interés de las formales, no debe dejar a un lado las que se crean mediante la tradición.

Por otra parte, el bajo nivel de consenso de los grupos y sectores económicos, políticos y sociales, es otro determinante para que el marco institucional sea ineficiente. En este sentido, los desacuerdos existentes generan costes derivados de las negociaciones entre

los sectores para aceptar su observancia; asimismo, este problema se manifiesta en el propio gobierno, ya que la ejecución de las políticas públicas, emanadas de las reglas del juego, es condicionada por la aceptación y participación de tales grupos. Relacionado con lo anterior, el marco institucional carente de consenso, así como un gobierno minoritario, genera problemas como oportunismo, aversión al riesgo, o riesgo moral; elementos que, como enunciamos anteriormente, estudia la Teoría de la Agencia. En efecto, debido al desacuerdo con las instituciones, los costes de monitoreo para vigilar el cumplimiento, aumentan; aunado a ello, la conducta de los funcionarios públicos, en un gobierno con poca aceptación, podría buscar satisfacer, en primer lugar, sus propios intereses, dejando a un lado los de naturaleza social o colectiva.

Los problemas relacionados con la arbitrariedad gubernamental, ocasionados por un control insuficiente de los organismos públicos, permiten actos que harán, del marco institucional, un mecanismo ineficaz e ineficiente; casos de corrupción y de discrecionalidad en la función pública, podrían desincentivar las actividades económicas. Por ejemplo, provocarán la huida de capitales importados, o bien, controversias en torno a la transgresión a los derechos de propiedad en tribunales arbitrales, como ha ocurrido bajo el mecanismo arbitral del CIADI.

En último lugar, en el apartado 2.5, dedicado a las consecuencias que ocasiona la ineficiencia, exponemos que puede generar problemas de atraso económico, ahorro escaso y baja renta *per capita*, es decir, subdesarrollo. De igual manera, demostramos que la producción y el crecimiento económico puede alejarse de su frontera de posibilidades de producción, ya que, dada la mala coordinación entre el mercado y el marco institucional, desincentiva, por ejemplo, el intercambio económico, lo que se traducirá en menor competitividad, así como en bajos índices de bienestar social.

Un tercer problema es el relacionado con la desigualdad económica. Por ello, en el apartado respectivo demostraremos que, debido a que el mecanismo de mercado es insuficiente para distribuir el excedente social, un marco institucional alejado de un nivel aceptable de consenso -es decir, sin tomar en consideración a todos los sectores económicos y sociales- puede reflejar que, las ganancias derivadas del intercambio económico, serán distribuidas entre las partes que tuvieron un mayor poder de decisión en la negociación de

los acuerdos relacionados con las reglas del juego, incluyendo, por supuesto, a los funcionarios públicos encargados de su ejecución.

Finalmente, terminamos el capítulo con un análisis en torno a los costes sociales que ocasiona la mala gestión de las instituciones existentes. Con ello, demostraremos que el marco institucional ineficiente genera altos costes sociales, no sólo por su elaboración, sino, por ejemplo, en su aplicación en actividades como la inversión extranjera directa (en adelante, IED), ya que, la mala gestión pública, ha ocasionado arbitrajes en los cuales el Estado ha sido parte demandada por su mal comportamiento, en perjuicio a los derechos de propiedad del inversionista; situación que ha traído, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad por parte del tribunal conformado para la solución del conflicto, el pago de las indemnizaciones correspondientes, liquidadas con los recursos públicos.

2.2. La concepción de Estado para la Nueva Economía Institucional

2.2.1. Concepto

Si bien la definición y función del Estado ha sido plenamente estudiada por la ciencia política, fue indispensable que, en razón de sus particularidades y objetivos, los representantes de la Nueva Economía Institucional aportaran otras perspectivas que contuvieran los elementos que les son útiles para elaborar sus modelos teóricos. Por tal razón, diseñaron diversos conceptos sobre lo que se entiende por tal.

Una primera aproximación, que contiene tanto elementos económicos como propios de la teoría política, es la que ha proporcionado el Banco Mundial; dicho organismo lo entiende como el conjunto estructurado o jerarquizado (en el sentido que da Oliver Williamson a las instituciones, es decir, entendidos como organismos), que poseen los medios o mecanismos para ejercer coerción legítima sobre un territorio definido y su población, a la que se le denomina *sociedad* (1997, p. 22). Esta organización¹ se destaca por tener el *monopolio* o facultad exclusiva para elaborar reglas generales, para ser vigiladas y ejecutadas dentro de su territorio, mediante un *gobierno* previamente diseñado.²

¹ En el capítulo anterior hicimos referencia al debate en torno a la diferencia entre institución y organización. Este debate, sostenido entre North y Hodgson, puede verse en Hodgson (2011, pp. 31 *et seq.*).

² En relación con el *Gobierno*, lo concibe de cuatro maneras: a) como el ejercicio del poder; b) como una situación del imperio del orden (*lo que se conoce como Estado de derecho*); c) como el conjunto de personas que ocupan puestos de autoridad en un Estado, y d) como la manera, sistema o método de gobernar una sociedad, la estructura y organización de los cargo públicos, así como al modo en que se relacionan con los gobernados.

Por otra parte, uno de los autores que ha dado la definición económica más conocida de Estado, y que incluye elementos propiamente neoinstitucionales, ha sido Douglass North, de quien nos hemos ocupado ampliamente en el Capítulo anterior.³ Este economista lo entiende como “...una organización con ventajas comparativas en la violencia, extendida sobre áreas geográficas cuyos límites son determinados por su poder para obtener impuestos” (North, 1984, p. 21); en otras palabras, como una extensión geográfica, delimitada por su alcance para imponer su política tributaria, en el que puede ejercer su principal cualidad: la coacción sobre un grupo de personas, sean nacionales o extranjeros, que se encuentren en el territorio.

En dos momentos distintos del desarrollo de su trabajo académico, José Ayala Espino ofrece otras aproximaciones. En una primera etapa, lo entiende, en un sentido más general, como: a) un contrato social que se entabla entre la burocracia estatal y los gobernados, y b) un ente formado por las instituciones y organizaciones que le diseñan y vigilan su cumplimiento.⁴ Posteriormente, incorporando elementos más descriptivos, y ya con un planteamiento neoinstitucional, lo define como:

...una organización dotada de poderes suficientes, para actuar como el garante del interés público en un doble sentido: primero, restringiendo la conducta *maximizadora* y egoísta de los agentes económicos a través del mantenimiento y vigilancia de las instituciones públicas; y segundo, creando nuevas instituciones, en cualquier circunstancia, donde las instituciones privadas obstruyan o cancelen las posibilidades para obtener las ganancias derivadas de la organización la cooperación y el intercambio (Ayala Espino, 1996, p. 355).

Por nuestra parte, tomando los elementos más sobresalientes de las definiciones enunciadas, podemos entender al Estado como una organización, de naturaleza pública y estructurada de manera jerárquica, que tiene por objeto el diseño, ejecución y vigilancia de la observancia del marco institucional, así como la formulación y aplicación de las políticas públicas necesarias para complementar -y en su caso, limitar y corregir- las transacciones llevadas a cabo por los diversos agentes en el mercado.⁵

³ Véase el apartado 1.5.2.

⁴ En este aspecto, coincide con la visión de Hodgson sobre semejanza entre instituciones y organizaciones. Véase Hodgson (2011, pp. 31 *et seq.*)

⁵ Al respecto, North resalta que “...todo el desarrollo de la Nueva Economía Institucional debe ser no sólo una teoría de los derechos de propiedad y de su evolución, sino una teoría del proceso político, una *teoría del estado*”

De lo anterior, podemos percatarnos que, en la Nueva Economía Institucional, se otorga mayor peso específico a su papel como diseñador del marco institucional, en particular, en los que tienen estrecha relación con los derechos de propiedad (en sus diversos tipos: privados, públicos y mixtos), así como a la vigilancia, a través de los mecanismos respectivos, de la eficiencia y eficacia de su aplicación. Es decir, se concibe al Estado como un sistema basado en las reglas del juego -en el sentido que Luhmann da al término, es decir, integrando diversas dimensiones políticas, económicas y sociales existentes en una sociedad determinada-, y no sólo como un entramado de sub-organizaciones entrelazadas y coordinadas entre sí (Espejel Mena *Et al.*, 2010, p. 15).

2.2.2. Origen

Como expusimos en el Capítulo I, una de las mayores diferencias de la Nueva Economía Institucional con respecto al enfoque neoclásico es su perspectiva, más realista, de la existencia de problemas en la delimitación de los derechos de propiedad.⁶ En este sentido, el mismo Douglass North,⁷ partiendo del enfoque histórico sobre la creación de las instituciones, ha desarrollado su teoría sobre el origen del Estado, que lo coloca como una necesidad surgida para disminuir los crecientes costes de transacción, derivados del grado de complejidad que, a través del tiempo, han sufrido las transacciones.⁸

Y es que, si bien en un principio la propiedad era protegida de manera privada, apelando principalmente a los tabúes, los valores, el honor, y las costumbres, como mecanismos con suficientes capacidades de coerción para restringir las actividades de los individuos en una comunidad,⁹ la necesidad de contar con mecanismos de cumplimiento obligatorio generó, en un principio, alianzas entre comerciantes, por ejemplo: las instituciones feudales en la edad media.¹⁰ Estas alianzas hicieron surgir organizaciones encargadas de diseñar los marcos institucionales de las comunidades, aunque la ejecución de

y del modo como la estructura institucional del estado y sus individuos especifican y "hacen cumplir" los derechos de propiedad" (cursivas nuestras) (1996, pp. 1-6).

⁶ Véase, apartado 1.7.

⁷ Esta visión puede encontrarse en North (1987, pp. 419-428), (1984), y North, Wallis y Weingast (2009).

⁸ Un análisis integral sobre el origen del Estado se encuentra en Nozick (1975). Asimismo, en Schooter (1981).

⁹ Esta situación sigue vigente en algunas regiones de África. Al respecto, véase Bates (1983).

¹⁰ Característica del feudalismo fue el establecimiento de la institución del señor feudal como una figura que, a cambio de una retribución, ofrecía la protección (*iurisdictio*) necesaria a otros individuos (vasallos). De esta manera, se lograba aumentar la producción y reducir los riesgos. Véase Domínguez González (2008, pp. 1-14).

los mismos se dejaba en manos de los ciudadanos particulares,¹¹ es decir, no se contaba con el poder coercitivo (*violence*) para garantizar su correcto cumplimiento.

Es por ello que surgió el Estado. A partir de ese momento, haciendo uso del monopolio de la fuerza pública, tuvo como objetivo garantizar el cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los individuos, así como la protección de los derechos de propiedad, con costes menores que los acuerdos privados (Schotter, 1996, pp. 13-16).¹² En esta situación, los individuos adquirirían, mediante el pago de sus contribuciones, un orden colectivo y de seguridad jurídica, por parte del Estado. De esta manera, podían dedicarse totalmente a la determinación sobre las decisiones relacionadas con la producción y el intercambio de los bienes y servicios que ofrecían (North, Wallis y Weingast, 2009, p. 21 *et seq.*).

En conclusión, el Estado fue creado, además de para cumplir con las funciones defendidas por la tradición clásica y neoclásica,¹³ por la necesidad de establecer una *estructura* adecuada que delimitara y protegiera los derechos de propiedad a bajo coste; para vigilar y controlar las transacciones, cada vez más complejas entre los individuos,¹⁴ y, consecuencia de lo anterior, para aumentar la producción, mediante un acercamiento de la frontera de producción emanada de los factores tradicionales (tierra, trabajo y capital), con la frontera de producción que permite el desarrollo tecnológico (Eggertsson, 1990),¹⁵ evitando daños y perjuicios sociales o colectivos (externalidades).

¹¹ Un ejemplo es la *Commonwealth* de Islandia (930-1262). En este caso, el sistema político contaba con una Constitución, un poder legislativo y un sistema judicial; pero carecía de un poder ejecutivo encargado de aplicar la fuerza pública. El estudio más sobresaliente sobre este tema puede encontrarse en Friedman (1979, pp. 399-415). De igual manera, se explica en Eggertsson (1990, pp. 65-66).

¹² Dicho autor menciona, asimismo, que existen dos beneficios de la acción protectora del Estado: a) disminución del número de personas a quienes temer (y de quienes protegerse), y b) el ahorro de tiempo y esfuerzo (costes) cuando los individuos se organizan para otorgarse protección.

¹³ Las únicas funciones posibles defendidas por estas escuelas fueron expuestas por Adam Smith, quien consideró tres: a) la defensa de la sociedad contra la violencia de otros países (seguridad nacional); b) protección de sus ciudadanos de la violencia y la opresión de que pudieran ser víctima por otros individuos de esa misma sociedad (impartición de justicia), y c) erigir y mantener determinadas obras y establecimientos públicos (1958).

¹⁴ Entre los elementos que, en la actualidad, hacen más complejas las transacciones, se encuentran: a) el desarrollo tecnológico (innovación), y b) el creciente proceso de globalización e integración de los países y sus correspondientes mercados.

¹⁵ De esta manera, la función de producción sería la siguiente: $Y = f(T+W+K+G)$, donde Y es la producción de los bienes; T, es la tierra; W, el trabajo; K, el capital (tecnología); y G, los costes generados por la actividad estatal a través de las organizaciones respectivas.

2.2.3. *Naturaleza*

Como mencionaremos posteriormente, la Nueva Economía Institucional incorpora diversos elementos y herramientas, tanto de la Economía Neoclásica, como de la Escuela de la Elección Pública, así como algunos de la Antigua Economía Institucional (por ejemplo, el interés de las instituciones en el análisis del comportamiento económico),¹⁶ e incluso de la economía marxista, como la similitud del término “estructura” que ofrece North, en relación con el estudio del marco institucional (1984, p. 227).¹⁷

En este sentido, el Estado se puede concebir desde tres diversas ópticas, las cuales pueden presentarse de manera simultánea (Ayala Espino, 1996, p. 378):¹⁸ a) como un organismo *maximizador* de la riqueza; b) como un organismo mediador-árbitro, y c) como instrumento de algún grupo de poder.

a) Estado maximizador de la riqueza

Por lo que respecta a este aspecto, se parte de la noción del teorema del *homo economicus*, es decir, que los individuos encargados del gobierno tienen como objetivo principal la obtención del máximo beneficio posible. De esta manera, y para conservar el monopolio del que gozan, favorecen a los grupos más influyentes en las decisiones políticas, sea mediante privilegios fiscales, concesiones y permisos administrativos, o bien, proporcionando mejores servicios en sus colonias.¹⁹

¹⁶ Sobre las semejanzas (y diferencias) entre uno y otro enfoque, véase (Parada, 2003, pp. 92-116).

¹⁷ Otro autor que analiza diversas similitudes entre marxismo y nuevo institucionalismo, es Luis Bértola. Al respecto, véase BÉRTOLA, Luis, “Institutions and the Historical Roots of Latin American Divergence”, en Ocampo y Ross (2011).

¹⁸ Asimismo, el peso de alguna de las tres puede depender de la combinación de diversos factores, por ejemplo: transparencia, ambiente democrático y, por supuesto, un control institucional eficiente.

¹⁹ En México, a partir del establecimiento de un gobierno, formalmente, más democrático, se ha limitado -o pretendido limitar- al Estado a través de dos medios: uno interno y otro externo. Por lo que respecta al primero, la incorporación de otros actores políticos (partidos, organizaciones civiles), así como la transparencia y fiscalización del gasto, ha llevado a limitar el “poder de decisión” del gobierno; mientras que, mediante el segundo, la globalización y, en particular, la armonización de las instituciones nacionales con las internacionales, así como la interacción del gobierno con otros organismos internacionales (por ejemplo el CIADI como organismo administrador de mecanismos de solución de controversias), han llevado a limitar el espacio de actuación del sector público, redefiniendo, así, la noción tradicional de soberanía.

b) El Estado mediador

Refiriéndonos al Estado como mediador, se ha argumentado que debe funcionar como un “tercer partido”, es decir, que debe actuar como un árbitro imparcial que decida, de manera objetiva, los conflictos de intereses (derivados del intercambio, en general, y de los derechos de propiedad, en particular), tanto entre los individuos como entre éstos con los grupos sociales, incluyendo al propio gobierno. Esta perspectiva es la que, según Douglass North, ha prevalecido en la metodología de la Nueva Economía Institucional. En otras palabras, y desde una perspectiva normativa, tiene la capacidad y la autonomía suficiente para establecer el orden público, en el cual se fundamenta el interés colectivo, a través de reglas limitativas (North y Thomas, 1990, p. 5), mismo que ha sido establecido mediante el consenso social. De esta manera, el gobierno se comporta bajo un comportamiento que puede estudiarse a través del modelo de la Teoría de la Agencia, al cual nos referimos en el Capítulo anterior.²⁰

c) Como instrumento de un grupo de poder

Finalmente, utilizando las bases teóricas incorporadas a la Nueva Economía Institucional por Mancur Olson,²¹ se entiende al Estado como un instrumento de un grupo o grupos sociales (1992). Esta situación se presenta cuando, tanto el marco institucional, como los organismos públicos creados para vigilarlo y ejecutarlo, son débiles e ineficientes.²² Derivado de ello, existe una amplia la posibilidad de que los grupos con mayor poder de negociación presionen al gobierno en sus principales decisiones; por ejemplo, haciendo *lobby* para impedir la creación de instituciones que permitan abrir un mercado dominado por grupos oligopólicos, para limitar de mejor manera los derechos de propiedad o bien, para que las políticas fiscales sean diseñadas en su beneficio.²³

²⁰ Las características principales de la teoría puede encontrarse en el inciso d), del apartado 1.3.

²¹ Sobre algunas de sus obras, véase el apartado 1.5.4., del capítulo anterior.

²² En palabras de James Buchanan, cuando existe un déficit democrático.

²³ Este problema no se manifiesta, únicamente, sólo en los gobiernos. Por lo que se refiere al ámbito internacional, algunos consideran que los organismos económicos internacionales (Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio (OMC) y Fondo Monetario Internacional (FMI), por mencionar algunos), funcionan de acuerdo a intereses específicos de los países más desarrollados. Incluso, en el caso del CIADI, se ha argumentado que su actividad se desarrolla de acuerdo con los principales estados exportadores de capitales a los países subdesarrollados, principalmente latinoamericanos. Misma situación ocurrió con las negociaciones del *Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI)*, cuando los grupos contrarios al mismo argumentaban que sería utilizado en favor de los “países poderosos”; en este sentido, Francia se retiró de las negociaciones por la presión de sus ciudadanos basados en este argumento. Ahora bien, retomando el tema del Estado como instrumento de los grupos de poder, la parcialidad del gobierno, derivada de esa situación, ha generado casos

Como podemos apreciar, estas ópticas se relacionan con los niveles de fortaleza o debilidad del Estado. De esta manera, mientras que un Estado fuerte corre el peligro y tiene la posibilidad de convertirse en depredador y *maximizador* de la riqueza de unos cuantos, a través de las políticas públicas implementadas (principalmente, de tipo fiscal), un Estado débil, como ya se indicó, puede convertirse en un instrumento servil y que funcione como el instrumento de coacción y desplazamiento de un grupo -o grupos- con mayor capacidad de organización, interfiriendo, así, en el desempeño económico (Ayala Espino, 1996, p. 378-381).

Por lo anterior, reiteramos que, para los economistas de la Nueva Economía Institucional, el Estado más eficiente, u óptimo, es el que goza de imparcialidad y objetividad, y que tiene la capacidad de crear y vigilar los mecanismos institucionales que permitan la cooperación y la correcta distribución de las ventajas del comercio, mismas que son un resultado de la especialización del trabajo y de la violencia propia del Estado para hacer cumplir los acuerdos (North, 1984, p. 228). Su inexistencia o abolición -es decir, una situación de anarquía, como defienden los economistas neoclásicos ortodoxos, austriacos y marxistas radicales- puede presentar diversos problemas. Por ejemplo, y por lo que se refiere a las inversiones extranjeras directas, puede suscitar demandas arbitrales, por parte de los inversionistas extranjeros, hacia el Estado, debido a que los grupos participantes en su administración persiguen intereses antagónicos a los acordados por la lógica social o colectiva, y formalizados en el marco institucional (a partir de la Constitución), divergencia que se refleja en sus gestiones públicas.²⁴

2.2.4. El Estado como organización y como institución

Mencionamos en el capítulo anterior que existe un amplio debate en torno a la identificación de las instituciones con los organismos (en particular, sobre si son de distinta naturaleza o idénticas). Al respecto, comentamos que, mientras algunos economistas -por ejemplo, North-

en los que la parte inversionista ha cometido actos de corrupción. Por ejemplo, en el caso *World Duty Free v. The Republic of Kenya* (Case No. ARB/00/7), el tribunal llegó a la determinación de actos de esta naturaleza, al ser el mismo inversionista quien admitiera haber sobornado al presidente de Kenia.

²⁴ Cuando revisemos algunos los casos emitidos contra México bajo el *Mecanismo Complementario* -en el último capítulo- expondremos cómo algunas de las demandas arbitrales fueron ocasionadas por la actuación de los órganos de gobierno, que buscaban la protección de intereses de grupos privilegiados, argumentando que, a través de ellos, se protegía el “orden público” y el “interés social”.

argumentan que existe una distinción entre ambas,²⁵ otros -como Geoffrey Hodgson-, por el contrario, proponen y defienden la similitud entre una y otra.²⁶

Por otra parte, consideramos que, si bien este debate es válido en el ámbito académico, en la práctica, la distinción -o no distinción- entre ambos conceptos -salvo para el estudio del cambio institucional y el funcionamiento de ambas- no generaría mayores problemas, para analizar de manera detallada cada uno de sus elementos, concebiremos al Estado como uno y otro, es decir, con una naturaleza distinta. Asimismo, nos adecuamos a ella debido a que, la distinción entre ambas, permite desarrollar, de manera más integral, una teoría general de las instituciones (*Ibidem*, pp. 14-16),²⁷ que pueda aplicarse, a su vez, al estudio de Estado por lo que respecta a su actividad económica.

a) *El Estado como organización*

Partiendo de que una organización es la estructura en la cual los individuos se relacionan en grupos, de manera jerárquica, para diseñar, emprender y ejecutar acciones colectivas y obtener determinados beneficios (Ayala Espino, 1996, p. 321), el Estado puede ser entendido como un mecanismo encargado del diseño y vigilancia de diversas actividades que buscan fomentar el crecimiento y el desarrollo económico. Dicho de otro modo, es un arreglo institucional, ordenado a través de varios niveles de mandato, que tiene por objeto la producción de determinados bienes y servicios, tanto de naturaleza individual como social, para el correcto desempeño de la actividad económica.²⁸

Por otra parte, en relación con la concepción del Estado como una organización, los autores de la Nueva Economía Institucional argumentan que pueden existir fallas (North, 1984) que no permiten, o hacen sumamente costoso, el crecimiento económico; por ejemplo:

²⁵ “Las instituciones son las *reglas del juego*, las organizaciones *son los jugadores*”. Véase North (1993, p. 15). En otras palabras, las organizaciones, en sus respectivas actividades, utilizan las instituciones como restricciones y limitaciones (North, 1990, p. 2).

²⁶ Por ejemplo -el, ya mencionado- Geoffrey Hodgson. Al respecto, véase Hodgson (2011, pp. 31 *et seq.*)

²⁷ Sobre la justificación de la distinción, North manifiesta que “(s)eparar el análisis de las normas subyacentes (instituciones) de la estrategia de los jugadores (organizaciones) es un prerrequisito necesario para crear una teoría de las instituciones”.

²⁸ Como se puede apreciar, esta descripción tiene semejanza por la desarrollada por Coase, en su *Naturaleza de la Empresa*. Véase, Coase (1994), y complementada por Williamson, tanto en *Las instituciones económicas del capitalismo* (1989), como en *Mercados y jerarquías* (1991). Por otra parte, debemos mencionar que, entendido como organización, también pueden existir diversas fallas que obstaculicen su funcionamiento, por ejemplo: ineficiencia e ineficacia de sus normas internas, ignorancia de sus lineamientos, entre otros.

problemas derivados de la actuación oportunista de los agentes, o bien, derivados del comportamiento estudiado por la Teoría de la Agencia.²⁹

b) El Estado como institución

Partiendo de que, como ha sugerido North, las instituciones han sido definidas como las “reglas del juego en una sociedad” (1993, p. 3), o bien, como las restricciones que surgen de la inventiva humana para limitar las interacciones políticas, económicas y sociales (North, en Knight y Sened, 1998, p. 15), es claro que al Estado, en cuanto tal, le corresponde un papel fundamental en la conducción de las elecciones individuales y colectivas. Este objetivo se logra mediante la articulación de las reglas internas de funcionamiento interno.

La idea del Estado como institución queda más clara al realizar una diferencia entre *instituciones* y *arreglos institucionales* (Hollingsworth, en Muller y Hollingsworth, 2002). Mientras que las primeras son las instituciones propiamente dichas (formales e informales), los segundos son los mercados, los Estados, las jerarquías corporativas, las redes institucionales, entre otras. Es decir, y parafraseando a Hodgson, son “un tipo especial de institución, con características adicionales” (2011, pp. 31 *et seq.*).

Derivado de ello, el Estado, como arreglo institucional, cuenta con los siguientes elementos que le caracterizan: a) criterios internos para establecer sus límites y para distinguir a sus miembros de los no miembros; b) principios de soberanía para determinar quién está a cargo y como funciona, y c) relaciones de mandatos u órdenes que definen las diversas responsabilidades -y sanciones- dentro de la propia organización (*Ídem*).³⁰

2.2.5. La justificación de su existencia

Son diversas las razones por las cuales, desde el enfoque neoinstitucional, es necesaria la presencia y participación del Estado en el intercambio económico de un país. Y es que, como ha escrito el propio Banco Mundial, “(s)in un Estado eficaz, es imposible alcanzar un desarrollo sostenible, ni en el plano económico ni en el social” (1997, p. III).

²⁹ Sobre la Teoría de la Agencia, véase el inciso d), del apartado 1.6.3.

³⁰ Como veremos en el Capítulo siguiente, estas características pueden ser aplicadas al CIADI, entendido como arreglo institucional (posee reglamentos administrativos internos, tiene una estructura de gobernación, y establece mecanismos de sanciones para sus funcionarios, incluso para los árbitros o conciliadores), lo cual permitirá estudiarlo desde esta perspectiva y, en consecuencia, determinar los elementos que pueden generar su mal funcionamiento.

Los argumentos que han planteado los economistas de la Nueva Economía Institucional, pueden clasificarse en tres categorías: a) consideraciones socio-políticas; b) consideraciones con las que lo consideran como coordinador del mercado, y c) consideraciones que parten de la idea del Estado como regulador del intercambio económico. A continuación mencionaremos los aspectos generales de cada una de ellas.

a) Como elemento socio-político

Esta visión justifica la existencia del Estado como un elemento indispensable para restringir y limitar al individuo en su intento para maximizar sus beneficios, a costa del perjuicio o la afectación, tanto del bienestar de otro individuo, como de la colectividad en general.

Como puede apreciarse, tiene estrecha relación con el planteamiento argumentado por autores clásicos en la ciencia política (como John Locke y Rousseau), quienes lo tenían como el resultado de un contrato voluntario (Rousseau, 1969); o bien, con la justificación *hobbesiana*, es decir, la que lo concibe como un “mal necesario” para limitar ambición de los individuos y a la lucha de todos contra todos (Hobbes, 2009). En este tenor, Norberto Bobbio menciona lo siguiente:

El fundamento de una sociedad democrática es el *pacto de no agresión* de cada cual con todos los demás y la obligación de obedecer las decisiones colectivas tomadas con base en las *reglas del juego* preestablecidas de común acuerdo, de las cuales la principal es la que permite *resolver los conflictos* que de vez en cuando surgen sin recurrir a la violencia recíproca (Bobbio, 1994, p. 6, cursivas nuestras).³¹

b) Como coordinador del mercado

En este rubro, el Estado, mediante el diseño y aplicación de políticas públicas adecuadas por parte del organismo respectivo, se convierte en un mecanismo complementario del mercado, lo que ocurre por dos causas:

En primer lugar, se debe a que, dado que el mercado no resuelve por sí solo todos los problemas, tanto de asignación de recursos, como de ganancias y costes sociales (externalidades), su participación es relevante para encontrar un equilibrio a los conflictos de

³¹ Asimismo, menciona una condicionante: “(p)ero sólo instituyendo un poder común dan vida a un Estado (que no es necesariamente democrático)”. En otras palabras, con este pacto o contrato, los individuos abandonan el estado de naturaleza y constituyen la sociedad civil.

intereses generados por los derechos de propiedad (Ayala Espino, 1994, p. 324). En segundo, se considera que, si el mercado llegase a proporcionar alguna solución, ésta, no necesariamente, sería óptima en el sentido de Pareto,³² debido a la conducta egoísta y *maximizadora* de los agentes participantes en el intercambio; es decir, las soluciones del mercado, no garantizarían, *per se*, la equidad y la llamada “justicia social” (*Ibidem*, pp. 325-326).

Derivado de lo anterior, se argumenta que concurre para solucionar problemas de comunicación entre productores con los consumidores -e, incluso, entre los propios productores y consumidores- para satisfacer las necesidades de los individuos.³³ De esta manera, se demuestra, una vez más, que los precios no proporcionan toda la información para la correcta asignación de recursos en el proceso de producción.

c) Como creador y vigilante del marco institucional

A reserva de que, en el apartado siguiente, detallaremos sobre este aspecto (y lo retomaremos como una de las funciones elementales del Estado, según la Nueva Economía Institucional), debemos mencionar que el Estado, a través sus organismos respectivos (poder legislativo y judicial),³⁴ detenta el monopolio como creador de las instituciones formales indispensables para efectuar el proceso económico. Asimismo, se encarga de la aplicación de dichas normas en la solución de controversias derivadas de las transacciones.³⁵

En pocas palabras, su existencia se basa en la necesidad de contar con mecanismos eficientes para aumentar la frontera de posibilidades de producción de una sociedad.³⁶ Por tal razón, si no existiera el Estado, ni sus instituciones, ni un sistema de derechos de propiedad -y de protección- acorde con los intereses individuales y colectivos, surgirían *costes de*

³² Este elemento será retomado en el Capítulo IV, apartado 4.5.3.1., cuando contrastemos esta reflexión con el comportamiento del estado mexicano, reflejado en los laudos arbitrales.

³³ La situación enunciada podría generar dos consecuencias: o bien, generar una sobreproducción que se traduzca en un coste de oportunidad mayor; o bien, en una escasez, que signifique desabasto y altos precios.

³⁴ Éste tiene por objeto la creación y reforma del marco institucional de un País. Es conformado por los representantes de los diversos sectores de la sociedad y realizan las negociaciones a través del intercambio de votos para conseguir, a través de leyes, de sus respectivos objetivos. Un estudio realizado, desde la perspectiva económica, sobre el funcionamiento del Congreso, puede verse en Weingast y Marshall (1988, pp.132-163).

³⁵ La segunda facultad ha sido matizada por la creación de mecanismos alternativos de solución de controversias de carácter internacionales. Por ejemplo, los tribunales de arbitraje comercial y de inversiones, en particular, el administrado por el CIADI, del cual hablaremos, con mayor detalle, en el Capítulo siguiente.

³⁶ Esta situación lleva aparejado un beneficio extra: el incentivo para innovar la producción y el intercambio por parte de los agentes.

*transacción*³⁷ sumamente elevados, que paralizarían el -cada vez más complejo- sistema de producción, y no habría inversiones -o habría en cantidad insuficiente- que exigieran relaciones de intercambio a largo plazo (Eggertsson, 1990, p. 307).

El siguiente cuadro resume las ideas expuestas:

Cuadro 2.2.5. Justificación del Estado

| | |
|---|--|
| Razón de ser del Estado, según la Nueva Economía Institucional | a) <i>Como elemento socio-político</i> : Restringe el comportamiento maximizador del individuo, evitando daños a terceros; |
| | b) <i>Como coordinador del mercado</i> : Complementa al mecanismo de precios en la asignación social eficiente de los recursos y distribución del ingreso; |
| | c) <i>Como creador-vigilante del marco institucional</i> : define los derechos de propiedad y, a través de su poder coactivo, sanciona su incumplimiento, así como de los acuerdos privados. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor).

De lo escrito, podemos comprender que la existencia del Estado se justifica por argumentos que van más allá de la sola satisfacción de las necesidades públicas, defendidas, como dijimos, por los economistas clásicos y neoclásicos. Al respecto, resulta acertado lo escrito por Edmund Phelps, al señalar que:

La sociedad, a través del Estado, puede hacer algo para mejorar el clima ético de los mercados. Legislando contra prácticas engañosas, ocultando información, etc., el Estado puede facilitar que el mundo de los negocios resista a la tentación de engañar, ocultar, etc. Poniendo su autoridad moral en apoyo de la honestidad, la probidad, la responsabilidad, el Estado puede hacer aumentar el valor que se atribuye a esas cualidades en el mundo de los negocios (1986, p. 527).

³⁷ Sobre la definición y características de los *costes de transacción*, véase el apartado 1.4 del Capítulo I.

2.2.6. Ventajas y desventajas de la participación del Estado en el intercambio económico

a) Ventajas

La principal ventaja de la existencia del Estado es que establece y vigila el cumplimiento adecuado, a través de los órganos respectivos, del marco institucional y de la estructura de la propiedad, elementos necesarios para alcanzar un mayor punto en la frontera general de producción (North, 1984, p. 21, nota 5), así como los acuerdos o contratos suscritos entre los agentes.

De igual manera, disminuye los costes de transacción y reduce los problemas relacionados con la información, a los cuales nos hemos referido en el Capítulo anterior; esto se traduce en un mayor horizonte de las inversiones (temporalidad), así como mejores decisiones de consumo y ahorro por parte de los individuos (Ayala Espino, 1996, p. 327).

Finalmente, permite la correcta distribución de las ganancias entre los individuos y la sociedad (North, 1984, p. 21, n. 5),³⁸ generando, en consecuencia, una mayor prosperidad o bienestar entre los ciudadanos.

b) Desventajas

Con respecto a las desventajas, resulta claro que, siendo un organismo creado por individuos bajo el postulado del *homo economicus*, éstos pueden tener intereses contrarios a los que le dieron origen. En consecuencia, es necesaria la participación ciudadana para, por ejemplo, fiscalizar el gasto público; es decir, desarrollar mecanismos eficientes de transparencia y rendición de cuentas (Banco Mundial, 1997). Aunado a lo anterior, la sociedad organizada debe vigilar la correcta elaboración y gestión de las políticas públicas, so riesgo de recurrir en mayores costes sociales,³⁹ así como en un mayor déficit y problemas de bajo crecimiento y desarrollo económico.

³⁸ Sobre este aspecto, North menciona que un Estado "...eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una *aproximación* de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios". En este tenor, manifiesta que "(I)a tasa privada de beneficios equivale a la suma de los ingresos netos que percibe la unidad económica en el desempeño de una actividad. La tasa social de beneficios es el total de los rendimientos netos (positivos o negativos) que la sociedad obtiene de dicha actividad". Entonces, el Estado pretende equilibrar ambas tasas. Este aspecto ya había sido tratado por el economista, Amartya Sen. Véase Sen (2001).

³⁹ Con este punto, vamos acercándonos a una de las principales hipótesis de la presente investigación: Los órganos gubernamentales han incurrido en mayores costes sociales debido a la ineficiencia en la aplicación de sus políticas públicas (otro elemento generador, del cual hablaremos posteriormente, es la inadecuación del marco institucional).

Otra desventaja tiene relación con la determinación del tamaño óptimo del Estado. En este sentido, mientras que, por una parte se descarta el llamado *Estado minimalista* o mínimo,⁴⁰ también rechaza el postulado tradicional del *Estado de Bienestar*, que sostiene que, por el simple hecho de existir fallos en el mercado, se justifica su existencia y operación, así como la expansión del aparato gubernamental (Ayala Espino, 1996, p. 315). Lo anterior podría traer, de manera paralela, mayores costes y pérdidas, tanto privados, como sociales.⁴¹

El siguiente cuadro resume las ventajas y desventajas de la participación del Estado en la economía, según diversos autores:

Cuadro 2.2.6. Ventajas y desventajas de la intervención del Estado en la economía, según la Nueva Economía Institucional

| Ventajas | Desventajas |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Puede incentivar el desempeño económico de un país. • Establece y vigila el cumplimiento del marco institucional. • Su intervención disminuye los costes de transacción. • Reduce problemas relacionados con la falta de información. • Incentiva una mejor distribución del excedente social. | <ul style="list-style-type: none"> • Su participación obstaculizar el desempeño económico de un país. • Puede generarse un mal comportamiento de sus órganos. • Genera excesivos costes de monitoreo y vigilancia. • Puede desarrollar políticas públicas no incluyentes o ineficientes. • Es difícil determinar su tamaño óptimo o ideal. |

(Fuente: elaboración propia con datos del autor).

2.3. Las funciones del Estado

Hemos mencionado que, a diferencia de la Economía Clásica y Neoclásica, la Nueva Economía Institucional supone la participación del Estado como un elemento imprescindible para el proceso de producción y el intercambio económico. Y es que, como ha escrito el

⁴⁰ Como es sabido, tuvo su auge en la década de 1970, prolongándose hasta nuestros días. Fue una política “sugerida” a los países latinoamericanos a partir del llamado *Consenso de Washington*. Sobre el análisis del documento y su impacto en los gobiernos de Latinoamérica, véase Casilda Béjar (2004, pp. 19-38). En el caso de México, el inicio del proceso de transformación del Estado de bienestar comenzó con la suscripción, en 1986, del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y se aceleró a partir de 1992, con la suscripción del TLCAN y la puesta en práctica de las reformas sugeridas por el Banco Mundial, a través de las Cartas de Intención firmadas para recibir el apoyo financiero necesario para consolidar la economía y reiniciar el crecimiento económico.

⁴¹ En este sentido, tiene razón North al mencionar puede convertirse en un *arma de dos filos*; ya que “(l)a existencia del Estado es esencial para el crecimiento económico; sin embargo, el Estado es la fuente del ocaso económico” (1984, p. 21, n. 35).

propio Banco Mundial, “(l)a historia ha demostrado una y otra vez que el buen gobierno es una necesidad vital, no un lujo” (1997, p. III).

En este sentido, y considerándola incluso como una de las razones por las cuales esta escuela justifica su razón de ser,⁴² determina que, entre las funciones elementales del Estado, se encuentra, no sólo las sostenidas por la Escuela Clásica, Neoclásica y Keynesiana,⁴³ sino también la de proveer de las reglas del juego necesarias para que el proceso de producción, el intercambio económico, la inversión extranjera, y, en general, toda la actividad económica, sean realizados con bajos costes, incentivando, de esta manera, un mayor desempeño económico.⁴⁴

De manera más específica, los economistas neoinstitucionales consideran que tiene como función, las siguientes: a) la creación de un marco institucional eficiente; b) la vigilancia de su adecuado cumplimiento, tanto por los agentes como por los órganos públicos que lo integran; c) la coordinación, a través de políticas públicas eficientes, de la actividad económica (en particular, del mercado y el intercambio que se lleva a cabo en él), y d) como un aparato encargado de equilibrar los intereses individuales y colectivos. A continuación, nos referiremos brevemente a cada una.

2.3.1. Su papel como creador del marco institucional

Como hemos expuesto en otras ocasiones, esta función estatal es básica para complementar la eficiencia del mercado. En efecto, tiene por objeto la determinación de las restricciones y límites formales -es decir, la “estructura institucional,⁴⁵ principalmente, en materia de derechos de propiedad (North, 1984, pp. 227-228), que los individuos deben cumplir para la realización del intercambio económico. Como hemos mencionado anteriormente, esta actividad tiene por finalidad la reducción de la incertidumbre -lo que permite una ampliación

⁴² Sobre la justificación de la existencia del Estado como vigilante del marco institucional, véase el inciso c), del apartado 2.2.5.

⁴³ A saber: defensa nacional, impartición de justicia, mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, inversión en servicios básicos, creación de infraestructura básica y la defensa del medio ambiente.

⁴⁴ El tema de los derechos de propiedad lo abordamos en el apartado 1.7., del capítulo anterior; por lo que, éste, viene a complementar el enfoque de los derechos de propiedad (desde su concepto, hasta su proceso de elaboración y vigilancia).

⁴⁵ North define a la *estructura institucional* como el conjunto de reglas, procedimientos de aceptación y cumplimiento de las mismas, así como las normas éticas y morales de comportamiento diseñadas para restringir el comportamiento de los individuos, con el objeto de maximizar la riqueza o la utilidad de los gobernantes y sujetos principales de una sociedad.

del horizonte de inversión y mayor riesgo de los capitales-, así como de *internalizar* las externalidades que surjan de dichas actividades, para evitar cualquier daño o afectación a los derechos de terceros ajenos al intercambio.

Debemos apuntar que, como han determinado diversos estudiosos de la teoría positiva del derecho,⁴⁶ así como autores modernos de la teoría económica,⁴⁷ las instituciones poseen una estructura jerárquica: constituciones, leyes (reglamentarias, generales y orgánicas), y reglamentos (derivados de alguna ley, así como de carácter autónomos); es decir, corresponde, con ciertas variantes, a la clasificación propuesta por Oliver Williamson (2000, pp. 595-613), y que, en el Capítulo I, estudiamos.⁴⁸ A continuación nos referiremos a cada una de las categorías que la componen.

2.3.1.1. Como creador de la Constitución

La Constitución política de un país, considerada por la Nueva Economía Institucional como la institución de instituciones, ha sido definida como el *conjunto de reglas fundamentales* subyacentes cuyo objetivo es especificar los derechos de propiedad y la estructura de control del Estado (North, 1984, pp. 229, cursivas nuestras). Asimismo, se ha escrito que comprende “...los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas, y su esfera de acción y, en fin, *la posición particular del particular respecto del poder del Estado*” (Jellinek, 2000, p. 508).

Ahora bien, en relación con la creación de la, también llamada, Norma Fundamental, los economistas neoinstitucionales, en una primera aproximación, parten de que tiene su origen a través de un *contrato social* mediante el cual, a cambio del pago de contribuciones y de la cesión de cierto grado de libertad, por parte del individuo, el Estado formula los principios fundamentales -derivados, a su vez, del consenso de los individuos y grupos sociales- necesarios para determinar las características que deben considerarse, tanto -como hemos mencionado en reiteradas ocasiones- en la actividad económica, como en relación con el funcionamiento del propio gobierno (North y Thomas, 1990, p. 14). Este último aspecto puede interpretarse como el establecimiento de un mecanismo de “pesos y contrapesos” entre

⁴⁶ Este postulado fue ampliamente desarrollado por Hans Kelsen. Sobre este aspecto, (Kelsen, 1949, en particular, el Capítulo XI).

⁴⁷ Véase Buchanan y Tullock (1984, p. 229). De igual manera, North (1984, p. 229).

⁴⁸ Véase, el apartado 1.3.2.

los diversos grupos participantes en la negociación, incluyendo el propio Gobierno (Kluger y Rosenthal, p. 20), lo que equivale, en términos políticos, a la instauración de un Estado democrático.

Debemos resaltar que, otra de las características de una Constitución, según ha expresado James Buchanan y Gordon Tullock, es su naturaleza consensual (1984, p. 229). Esta característica ocasiona que, cualquier reforma que pretenda llevarse a cabo, es, al menos teóricamente, más costosa que una reforma de las instituciones derivadas de ésta (leyes y reglamentos); pues, como hemos mencionado, contiene los principios que han de observarse para la conducción de toda actividad económica, política y social del país (North, 1984, pp. 229). De igual manera, cualquier modificación resulta genera altos costes, debido a que determina el mecanismo mediante el cual se realiza la distribución de los excedentes, ganancias e ingresos derivados de la división y especialización del trabajo (Pérez Salazar, 2001, p. 130), así como la organización del Estado.

2.3.1.2. Como creador de instituciones reglamentarias

En esta misma línea, le corresponde diseñar el marco institucional necesario para legitimar los principios fundamentales *consagrados* en la Constitución, así como el relacionado con el funcionamiento específico de los órganos públicos que ejercen el poder (North, 1984, pp. 229). Dichas disposiciones tienen, como finalidad, la determinación del *punto óptimo de equilibrio*,⁴⁹ acorde con la frontera de posibilidades de producción, el cual genera, tanto la dotación de factores de producción (tierra, trabajo y capital), como su capacidad tecnológica. De igual manera, a través de ellas se determinan, de manera más detallada, las restricciones que los agentes deben tener en consideración para la utilización de aquellos; es decir, establecen el grado de disponibilidad, así como las modalidades y limitaciones a las cuales los agentes deben someterse, so riesgo de generar costes privados y sociales innecesarios (Alchian y Demsetz, 1973, pp. 17-19).

⁴⁹ Como expusimos en el apartado 1.6.1, del Capítulo anterior, una de las diferencias entre los neoclásicos y los neoinstitucionalistas es que, para los segundos, puede haber diversos puntos de equilibrio, los cuales son determinados por el marco institucional prevaeciente en el país. Una explicación sobre los equilibrios múltiples y su relación con las ciencias sociales (y con la propia Nueva Economía Institucional) puede verse en Medina (2011, pp. 237-252).

En relación con las modalidades, a las cuales nos hemos referido en el capítulo anterior,⁵⁰ debemos señalar que existen dos determinantes que el Estado, a través del órgano público respectivo, debe tomar en consideración para la creación y modificación del marco institucional de un país: el “orden público nacional” (consagrado en la propia Constitución),⁵¹ y las instituciones o convenciones internacionales, sean formales e informales.

Por lo que respecta al primer elemento, puede ser definido como “...el conjunto de reglas que, según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la *existencia del Estado* y el *desarrollo del individuo* en equilibrio, armonía y paz, y lo que atañe a la *defensa de las libertades, derechos o bienes* fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad”.⁵² Así, el orden público debe tenerse, al menos desde una primera aproximación, como un elemento exógeno y superior a la voluntad individual de los agentes; ya que, como hemos mencionado, el contenido de la *Carta Magna* -tanto su parte de principios o derechos, como la que determina la organización del Estado para el ejercicio de sus funciones- es negociado por los diversos sectores sociales y grupos colectivos,⁵³ mediante las acciones políticas correspondientes que el propio ordenamiento constitucional señala como legítimas.

Por lo que respecta a las instituciones o convenciones internacionales, debemos señalar que, a pesar de ser, en su mayoría, restricciones de naturaleza informal, poseen una naturaleza imperativa u obligatoria (Ayala Espino, 1999, pp. 63-64) (Ayala Espino, 1996, p. 321 *et seq.*), en razón de que han sido reconocidas por la mayoría de los Estados,⁵⁴ ya que, el proceso de integración comercial derivado de la globalización económica, impone los

⁵⁰ Véase el apartado 1.7.3.

⁵¹ Es decir, lo que Douglass North denomina *ideología*, se encuentra dispuesto en la Constitución.

⁵² Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010, Novena Época; *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; p. 1241. De igual manera, se enuncia que a) “la idea de orden público se asienta sobre la *obligación del ciudadano* de no perturbar con su actuación los fines que persigue la comunidad o la sociedad y de las facultades conferidas a los órganos del Estado para velar por su respeto”, y b) “(e)s una obligación general de los ciudadanos el respeto a ese bien común o general que les permite vivir en el ejercicio de sus libertades o derechos el que fundamenta también la actuación del Estado, de modo que a la vez que es obligación del ciudadano para que permanezca o se desarrolle, es garantía y justificación del propio Estado, porque puede limitar las acciones individuales que vulneren o contraríen ese estado de equilibrio o de paz social en que los diversos intereses individuales confluyen” (cursivas nuestras).

⁵³ Como enunciamos en el Capítulo I, el tema relacionado con el comportamiento de los grupos de presión fue estudiado por Mancur Olson (1992).

⁵⁴ Sobre la formalización de las mismas, véase Becerra y Muller Uhlenbrock (2008).

lineamientos o principios que los Estados deben observar en sus respectivas actividades internas (Banco Mundial, 1997, p. 2).⁵⁵

Por tal razón, las organizaciones encargadas de diseñar los arreglos institucionales y políticas públicas de un país, deben incorporar -y respetar- los principios internacionales en su construcción, sean en el ámbito federal, local o municipal, so riesgo de incurrir en responsabilidades internacionales, y en mayores costes, tanto privados como sociales.⁵⁶

2.3.2. Su función como vigilante de la observancia de las instituciones

Como bien se ha mencionado por el propio Banco Mundial (1997, p. III), no basta con crear un marco institucional, sino que es imprescindible vigilar su adecuado cumplimiento, so riesgo de caer en lo que ha denominado “síndrome de ilegalidad” (*Ibidem*, p. III). En este sentido, el Estado debe proporcionar un sistema judicial eficiente,⁵⁷ con el objetivo de salvaguardar el cumplimiento de las leyes y los acuerdos a través de los cuales se coordinen las transacciones necesarias para el desarrollo de la actividad económica, ya que, de esta manera, aumentará la confianza de los agentes ante la realización de una posible conducta oportunista. En otras palabras, las partes reducirán el nivel de riesgo de sufrir un posible daño, sea de otro particular, o bien, de algún órgano público perteneciente al propio Estado. Por ejemplo, en materia de IED, el inversionista podrá aumentar el monto de capital invertido, así como el horizonte temporal de inversión, sabiendo que existe un mecanismo de solución de controversias confiable y eficiente.⁵⁸

Lo anterior puede lograrse mediante la especialización y capacitación de los jueces, magistrados y ministros, así como de los demás funcionarios integrantes del Poder Judicial

⁵⁵ A partir de esta reflexión, resulta claro que los principios sobre trato a las inversiones extranjeras establecidos en los tratados de libre comercio, así como los APPRIs, deben tenerse como elementos propios del marco institucional de México. En consecuencia, cualquier violación a estas disposiciones, puede originar daños al inversionista, mismos que podrá reclamar ante un tribunal de arbitraje del CIADI. Sobre este aspecto hablaremos detalladamente en el capítulo y en el último.

⁵⁶ Si bien nos referiremos sobre este tema, con mayor detalle, en el Capítulo IV, debemos destacar que la violación a algunas de las instituciones internacionales en materia económica, han demostrado que, la falta de armonización con las instituciones nacionales, son las principales causas del inicio de procedimientos arbitrales iniciados en el seno del CIADI.

⁵⁷ Un interesante trabajo sobre el problema de la eficiencia en la impartición de justicia puede verse en Fix Fierro (1995).

⁵⁸ Así como el agente podrá decidir sobre sus inversiones, también, con un poder judicial que imparta justicia satisfactoriamente (lo mismo que con un marco institucional determinado), el individuo se encargará de decidir sobre la producción, el ahorro, el intercambio, o bien, el consumo y el gasto.

(actuarios, secretarios de acuerdos, mediadores, proyectistas, defensores de oficio, e incluso, abogados postulantes), así como con su coordinación con organismos internacionales para la solución de controversias, no sólo en las materias tradicionales (por ejemplo, derecho civil, penal, mercantil, laboral o administrativo), sino también, en aquellas que han surgido a partir del aumento de la complejidad del intercambio económico ha generado, por ejemplo: economía constitucional, derecho económico internacional, derecho de la inversión extranjera y análisis económico del derecho.⁵⁹

Por otra parte, es imprescindible, para lograr un correcto funcionamiento de los organismos encargados de la administración de justicia, generar una mayor independencia del poder judicial, tanto de los otros poderes y organismos públicos, como de los diversos grupos sociales que participan en la actividad económica del país, sean nacionales o extranjeros.⁶⁰ Por lo que respecta al primer punto, la práctica judicial ha demostrado que la intromisión de otros órganos gubernamentales,⁶¹ puede crear una *suboptimalidad judicial*; es decir, la impartición de justicia por debajo de la posibilidad que, formalmente, tiene; de igual manera, una resolución parcial y acorde a intereses determinados, legitimando, así, el comportamiento arbitrario del órgano público.

Ahora bien, en relación con su independencia de los grupos o sectores sociales, es necesario que surja, a través de un sólido Estado de derecho, una adecuada coordinación con las demás entidades públicas, para legitimar y proteger su actuación. De esta manera, se

⁵⁹ Es claro que, dentro de este aspecto, podemos referirnos a la necesaria coordinación de los tribunales nacionales con organismos internacionales, como el CIADI; no sólo para colaborar en la solución de controversias en materia de inversiones, sino además, en la preparación de cursos en materia de mediación y otros métodos alternativos de solución de controversias. De igual forma, puede apreciarse que el organismo mencionado juega un papel de “co-vigilante” del marco institucional, no sólo en materia de arbitraje internacional, sino en relación con los principios que deben de regir en el tratamiento a la inversión extranjera. Sobre éstos nos referiremos posteriormente.

⁶⁰ Debemos mencionar que esta independencia no sólo debe estimarse, por lo que respecta al Poder Judicial, sino también al Poder Legislativo e, incluso del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, este último puede verse influenciado por el Ejecutivo e, incluso, por los partidos políticos en los cuáles militan los representantes de los sectores económicos y sociales. De igual manera, el Poder Ejecutivo puede ser presionado por los sectores integrantes de determinadas industrias o cámaras industriales, principalmente, para participar en los privilegios derivados del marco institucional creado, así como de los programas y políticas públicas ejercidos por el gobierno. Este aspecto puede estudiarse en Stigler (1971, pp. 3-21). Por otra parte, la presente reflexión puede complementarse con el apartado en el que hablamos sobre la naturaleza del Estado como instrumento de un grupo de poder.

⁶¹ Por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede intervenir en las decisiones de los jueces, sea mediante presiones o intereses de los actores políticos.

impediría un conflicto de intereses entre los diversos agentes involucrados o interesados en las decisiones de los tribunales.

Finalmente, debemos mencionar que, otros aspectos que deben tomarse en consideración para aplicar, de manera eficiente, el marco institucional, son los siguientes: un adecuado sistema de fiscalización y control de los poderes; la redefinición de las funciones de cada uno de los organismos, acorde con las capacidades, necesidades materiales y la realidad social del país; sistemas de rendición de cuentas; utilización de modernos instrumentos de protección y cumplimiento de los acuerdos entre particulares -nacionales e internacionales-⁶² por parte del Poder Judicial, entre otros. En resumen, mediante la consumación de un entorno democrático favorable para la coordinación correcta entre el Estado, el mercado y las instituciones.⁶³

2.3.3. Su función como reductor de los problemas de información

En el Capítulo I mencionamos que, una de las críticas que realizan los autores de la Nueva Economía Institucional a la Economía Neoclásica, se relaciona con el supuesto de información perfecta;⁶⁴ al respecto, mencionamos que, al contrario de lo planteado por los autores neoclásicos, los economistas neoinstitucionales argumentan que la información que poseen los agentes es incompleta y que su obtención puede generar costes (Cárdenas y Ojeda, 2002, pp. 153-169). Asimismo, puede presentarse el caso de que la cantidad de la misma sea mayor por parte de un agente, que del otro; es decir, que pudiera ocurrir un problema de información asimétrica (Schotter, 1996, pp. 537 *et seq.*).⁶⁵

Por tal razón, si partimos de que un porcentaje de la información puede ser considerada como un bien público,⁶⁶ y que la mayor información poseída por parte de una parte no reduce la cantidad que detenta el otro (Stiglitz, 2000, p. 100), otra de las funciones del Estado, según la Nueva Economía Institucional, es la de proporcionar mecanismos que provean satisfactoriamente de este “insumo” a los productores, para la realización de sus

⁶² Por ejemplo, los lineamientos establecidos en el *Convenio de Washington*, el *Mecanismo Complementario*, en los tratados de libre comercio y en los APPRI.

⁶³ Sobre la relación del Estado con la Economía, véase Villarreal, en Valadés y Gutiérrez Rivas (1995, pp. 113-143).

⁶⁴ Véase el apartado 1.6.3.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Y que posee la característica de ser utilizada por cualquier individuo de manera simultánea; es decir, no hay rivalidad en su utilización. Véase León Mendoza (2000, pp. 57-58).

respectivos intercambios, sin caer en problemas de costes elevados, innecesarios o, en el peor de los casos, en la invalidez de los acuerdos (lo que llevaría, como consecuencia, la imposibilidad de cumplirse). Para su estudio, esta actividad, puede dividirse en pública o privada.

2.3.3.1. Con respecto a la información pública

En relación con la información pública, corresponde al Estado, a través de las dependencias y entidades públicas creadas para tal efecto, difundir el marco jurídico aplicable a los contratos, acuerdos y convenios;⁶⁷ de igual manera, debe proporcionar la información sobre la actividad de los tribunales y órganos jurisdiccionales encargados de solucionar cualquier controversia posterior (costes *ex post*). Aunado a ello, debe difundir los procedimientos y trámites administrativos necesarios para llevar a cabo los intercambios y demás actividades económicas, sin riesgo de ser invalidados, o, como en el caso de las inversiones extranjeras, expropiados de manera indirecta.⁶⁸

En resumen: el Estado, a través de sus órganos, tiene como función la de proveer toda la información necesaria sobre las actividades de sus dependencias y entidades, en sus tres divisiones (ejecutivo, legislativo y judicial), y en sus diferentes ámbitos de gobierno (federal, local y municipal) (Ayala Espino, 1996, p. 369),⁶⁹ tanto en relación con su propia organización, como en lo referente a su interacción con los ciudadanos y particulares.

2.3.3.2. Con respecto a la información privada

En este rubro se caracteriza la actividad estatal como un tercero encargado de obligar a los productores, a difundir la información y demás datos relevantes de sus respectivos productos

⁶⁷ En particular, las leyes, los reglamentos y demás disposiciones que contengan las características de los derechos adquiridos, así como las modalidades, obligaciones y demás limitaciones y restricciones a las que deben sujetarse -tanto los agentes privados, como en el intercambio entre éste y un organismo público- para la formalización de los intercambios. Dicha situación otorga dos beneficios: a) la elaboración correcta de los acuerdos, y b) la posibilidad de forzar su cumplimiento.

⁶⁸ La falta de información sobre los procedimientos y trámites necesarios para llevar a cabo una inversión (en particular, el requerimiento de un permiso municipal para la operación de un confinamiento de residuos sólidos), fue la causa que dio origen a un arbitraje contra el Estado Mexicano: el caso *Metalclad vs. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1). Sobre éste, y otros de suma relevancia, hablaremos en el Capítulo III.

⁶⁹ En este mismo apartado, debe subrayarse la necesidad de informar sobre la actividad del Registro Público de la Propiedad, los mecanismos de certificación, así como los procesos para el registro de los derechos de propiedad de bienes intangibles, sean intelectuales o industriales. Véase Ayala Espino (1996, p. 369).

y servicios,⁷⁰ que permitan, a los particulares, tomar una decisión “lo más racional posible”,⁷¹ con la intención de acercar, en mayor medida, el punto de producción a la frontera de posibilidades existente.

Así, por ejemplo, le corresponde el diseño de las instituciones sobre protección a los consumidores y los inversionistas (Stiglitz, 2000, p. 100). Por lo que respecta a los primeros, debe crear, por ejemplo, lineamientos sobre el etiquetado, composición del producto, información nutricional, riesgos sobre su mal uso,⁷² fecha de caducidad, así como la utilización correcta del bien.

En relación con la protección a los inversionistas y deudores, tiene como función la de obligar a las organizaciones bancarias y bursátiles, para que den a conocer la mayor información que sea posible, con respecto a las tasas de interés y riesgo aplicables, así como de las cláusulas aplicables de sus operaciones, por ejemplo, sobre sus mercados de derivados o de futuros.⁷³

De igual manera, en su función como prestamistas, el Estado debe exigir, a las instituciones bancarias, la presentación de información, en cantidad suficiente y confiable, a los prestatarios, sobre el tipo de interés real, con respecto a los préstamos y créditos ofrecidos (*Ibidem*, p. 100), así como los términos y condiciones fijados.⁷⁴

El siguiente diagrama resume las actividades que, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, el Estado debe llevar a cabo para el correcto desempeño del mercado y la actividad económica. De igual manera, incluimos las que han sido aceptadas por otros enfoques económicos:

⁷⁰ Un ejemplo de la deficiencia de la información en un intercambio es lo que, en la teoría del derecho, se conoce como *vicios ocultos*. Éstos han sido definidos como las imperfecciones o defectos que presenta un bien y que, al momento de la consumación de la transacción, no pueden ser reconocidos inmediatamente.

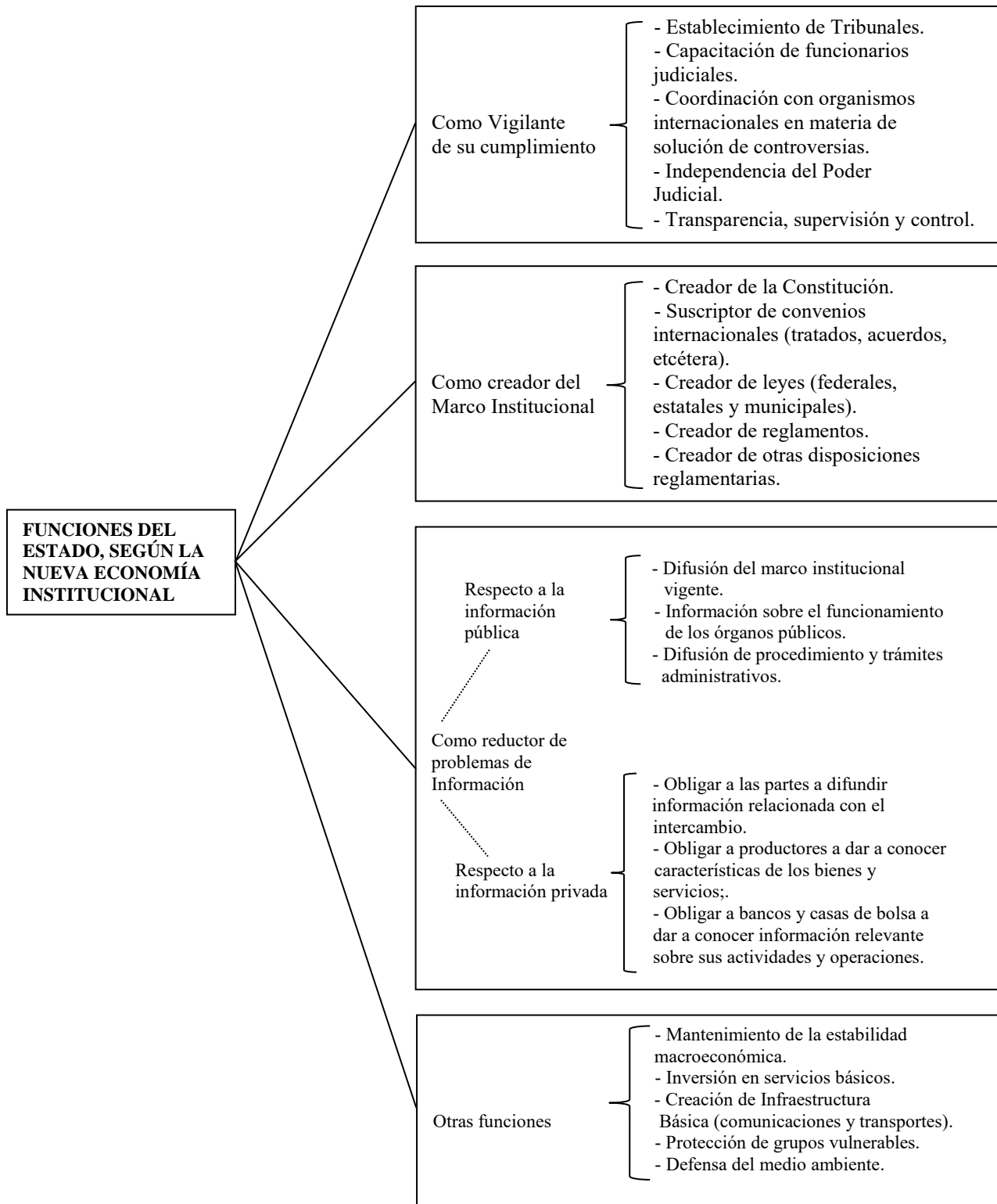
⁷¹ Recordemos que, según la crítica de la Nueva Economía Institucional al postulado del *homo economicus*, la información no es completa, o bien, es imperfecta; de igual manera, la racionalidad es limitada. Al respecto, véase, del Capítulo I, el apartado que trata sobre la crítica a la elección de los individuos (1.6.2.), y el que hace referencia a la información completa (1.6.3).

⁷² Por ejemplo, en el sector farmacéutico, es obligación de los laboratorios informar sobre las posibles contraindicaciones o reacciones alérgicas que pueden ocasionar las sustancias que componen el medicamento.

⁷³ El *mercado de derivados* es el escenario donde se negocian los instrumentos financieros que aseguran el precio a futuro de la compra o venta sobre un activo, para prevenir o adelantarse a las posibles variaciones al alza o a la baja del precio que se generen sobre éste. El mercado de futuros es el “lugar” donde se negocian los contratos de compraventa de ciertas materias en una fecha futura, pactando en el presente el precio, la cantidad y la fecha de vencimiento; por ejemplo, la venta de la cosecha que se obtendrá en un momento próximo determinado en el contrato.

⁷⁴ Por ejemplo, las tasas de interés fijas y variables, anualidades, penalidades en caso de pago anticipado, cargos por pago posterior, entre otros.

FIGURA 2.3. FUNCIONES DEL ESTADO, SEGÚN LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL



2.4. Principales causas de la ineficiencia del marco institucional

Como ha mencionado el Banco Mundial, es fácil redactar leyes, pero es necesario hacerlas cumplir, para que el país pueda disfrutar de los beneficios derivados de un verdadero Estado de derecho (1997, p. 8). En otras palabras, su inadecuada vigilancia y ejecución, puede ocasionar mayores costes que beneficios, debido a que se convertirían en “barreras” que obstaculicen la actividad económica.

Por ello, es necesario exponer las principales razones por las cuales el funcionamiento de marco institucional puede resultar ineficiente y, en consecuencia, costoso. Básicamente, se reducen a las siguientes: incapacidad del Estado para aplicarlas y vigilarlas; falta de armonía o correspondencia entre las instituciones formales y las informales; ausencia de consenso político y social en la elaboración y aplicación de las instituciones y políticas públicas derivadas de aquellas; problemas en la medición de la actuación de los funcionarios públicos de los tres poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial), así como arbitrariedad gubernamental, en particular, problemas derivados de actos de corrupción y el amplio margen de actuación de los integrantes de las organizaciones públicas.

2.4.1. Falta de capacidad del Estado

A lo largo del presente estudio, hemos escrito que, el diseño de un marco institucional eficiente, es un fundamental para que el mercado funcione lo más correctamente posible; pero también es necesario vigilar su adecuado cumplimiento (León Mendoza, 2000, pp. 45-62), mediante una buena *gestión pública* (Banco Mundial, 2002, p. 99).⁷⁵ Este objetivo se logra a través del desarrollo de las capacidades necesarias para cumplir con dicha función.⁷⁶ En consecuencia, su insuficiencia provoca una inadecuada aplicación de los instrumentos reguladores y coordinadores del intercambio.⁷⁷

⁷⁵ El documento agrega lo siguiente: “(l)a buena gestión pública incluye el establecimiento de derechos de propiedad y su protección y aplicación; sin ellos, son limitadas las posibilidades de efectuar transacciones de mercado. Comprende también el establecimiento de un régimen regulatorio que coadyuve al mercado a promover la competencia, y la formulación de políticas macroeconómicas bien fundadas que creen un ambiente estable para la actividad comercial. Además, implica la ausencia de corrupción, que puede frustrar los objetivos de esas políticas y socavar la legitimidad de las instituciones públicas que respaldan a los mercados” (*idem*).

⁷⁶ Por ejemplo: el correcto funcionamiento de los organismos públicos, estabilidad macroeconómica, respeto al Estado de Derecho y protección a los grupos vulnerables, incluidos los jóvenes. Sobre las funciones, véase el apartado 2.3.4.

⁷⁷ La realidad mexicana ha demostrado esta ineficiencia. En efecto, a partir del proceso de apertura sectorial, a finales de los años ochenta, diversos instrumentos normativos fueron creados para modernizar la economía mexicana (por ejemplo, la *Ley de Inversión Extranjera*, la *Ley Federal de Competencia Económica* y la *Ley*

Sobre este aspecto, el Banco Mundial ha escrito lo siguiente:

Las autoridades públicas no pueden hacer valer los derechos de propiedad sin la *capacidad* de enjuiciar, juzgar y sancionar a quienes no los respetan. El Estado no está en condiciones de proporcionar costosos bienes públicos *si no puede* imponer gravámenes a los particulares y a las empresas para recaudar fondos públicos. Los funcionarios públicos no pueden promover la competencia *sin la capacidad* de hacer cumplir las reglamentaciones contra los abusos monopolísticos. Tampoco pueden crear un entorno macroeconómico estable *sin la capacidad* de aplicar las políticas oficiales (2002, p. 99, cursivas nuestras).

Esta incapacidad se traduce, además de la insuficiencia y mala administración de los recursos económicos, por ejemplo, en la inexistencia de un sistema eficiente de impartición y administración de justicia (por ejemplo, en aspectos de materia económica, derechos de propiedad e inversión extranjera),⁷⁸ así como en una correcta distribución de funciones entre los diversos organismos públicos. De igual manera, puede percibirse por la ausencia de la infraestructura básica y servicios públicos, necesarios para el intercambio económico (León Mendoza, 2000, pp. 45-62).⁷⁹

Otro elemento que puede ocasionar una suboptimalidad en la aplicación del marco institucional, es la ineficiente capacitación y adiestramiento, así como la mínima especialización de los funcionarios públicos para llevar a cabo los acuerdos y procedimientos establecidos en éste; especialización derivada de la complejidad que ha generado la mayor división, codependencia e integración de los mercados nacionales,⁸⁰ así como por los avances tecnológicos de los últimos años.⁸¹

sobre la Celebración de Tratados); de igual manera, fueron suscritos diversos tratados de libre comercio (siendo el más relevante es, el ya mencionado, TLCAN). Sin embargo, la falta de capacidad gubernamental para su gestión ha provocado un déficit de aplicación de los mismos, provocando graves costes sociales. Este tema será ampliamente analizado en el Capítulo IV.

⁷⁸ Si bien los Métodos Alternativos de Solución de Controversias -entre los que destaca, el arbitraje de inversiones- se han convertido en un mecanismo muy utilizado para la solución de algún conflicto de intereses entre los inversionistas y el Estado, lo cierto es que, en teoría, se debe recurrir a ellos por razones de *especialización* de los árbitros, y no sólo por desconocimiento de los jueces nacionales en estos temas.

⁷⁹ Por ejemplo, la falta de desarrollo de las redes de transportes (puertos, carreteras, aeropuertos); de igual manera, la insatisfacción de bienes públicos *puros* (seguridad nacional, salud pública, educación pública y programas contra la pobreza).

⁸⁰ Por ejemplo, el desconocimiento sobre nuevas modalidades de contratación (*outsourcing*), así como los principios de establecimiento y trato a la inversión extranjera, negociados por los Estados, y formalizados en los tratados de libre comercio.

⁸¹ Cabe mencionar que esta incapacidad ha venido revirtiéndose mediante una reformulación de las actividades que, forzosamente, deben ser ejecutadas por el Estado (como la creación y protección de derechos de propiedad

2.4.2. *Contraposición de las institucionales formales con informales*

En el Capítulo I señalamos que, los economistas de la Nueva Economía Institucional, otorgan mayor interés a las instituciones formales, que a las de naturaleza informal. De igual manera, aclaramos que, si bien no pretenden negarlas ni darles un valor inferior al que, en la práctica, poseen, las prefieren porque pueden conocerse de manera previa y que el Estado, a través de sus organismos, fuerce su cumplimiento,⁸² o bien, que él mismo las cumpla.⁸³

Partiendo de lo anterior, los autores neoinstitucionales -como North, a quien nos hemos referido anteriormente-⁸⁴ han argumentado que, una ausencia de coordinación o correspondencia entre ambos tipos, puede llegar a provocar excesivos costes de aplicación y vigilancia del marco diseñado (North y Thomas, 1990, p. 230 *et seq.*),⁸⁵ o bien, hacerlo de difícil cumplimiento. Por ejemplo, aspectos como la ideología, la cultura, los valores, los hábitos y las tradiciones, son elementos que, además de no funcionar como una adecuada forma de control interno de la eficiencia institucional, constituyen serios obstáculos para su correcta aplicación.⁸⁶ Sobre este punto, es de especial relevancia lo que ha resaltado North, cuando escribe que:

La construcción y destrucción de estas instituciones (formales) -económicas y no económicas- no ocurre en el vacío, sino que son el resultado de las percepciones sociales, producto de los valores y oportunidades generados por la historia. La

y los bienes públicos “puros”), de aquellas que no necesariamente deben ser de esta manera (como la previsión de servicios de salud y manejo de los recursos naturales). En el caso mexicano, tenemos, como ejemplo: la cesión de la extracción y procesamiento del petróleo en colaboración con las organizaciones privadas, organizado mediante un criterio basado en los lineamientos del mercado.

⁸² Véase párrafo antepenúltimo del apartado 1.2.1.

⁸³ En este sentido, la práctica arbitral del CIADI ha demostrado que, los principios sobre trato a la IED pueden protegerse de mejor manera cuando se estipulan en los tratados o acuerdos comerciales o de inversiones; ya que, en una demanda contra el Estado, no sólo se enuncian las disposiciones internas violadas, sino, además, los mencionados principios. Sobre éstos abundaremos en el siguiente Capítulo.

⁸⁴ Véase apartado 1.5.2.

⁸⁵ Tales autores enuncian, como excepción, los casos de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Nueva Zelanda y Australia. En efecto, estos países heredaron de Gran Bretaña un marco institucional, que, debido a la estrecha similitud de escenarios, funcionaron de manera eficiente, logrando resultados óptimos (crecimiento y desarrollo).

⁸⁶ La realidad mexicana ha demostrado esta situación. En efecto, la falta de acuerdos en la elaboración del marco institucional -creado a partir del proceso de apertura sectorial- no ha generado los resultados deseados. Por ejemplo, en el ámbito económico internacional, los acuerdos sobre importación de capitales extranjeros, no ha llevado un aumento de empleos mejor pagados. Por lo que respecta a las instituciones nacionales, tenemos la ineficiencia de la reforma agraria (basada en la propiedad privada de las tierras), debido a su contraposición con la cultura ejidal. En relación con las instituciones políticas, el funcionamiento de la democracia ha sido *subóptimo*, debido a la divergencia con los usos y costumbres de diversas comunidades; asimismo, la implantación del sistema federalista ha sido contrariado por el centralismo ideológico que ha existido desde tiempos prehispánicos.

‘realidad’ no es absoluta, es un producto histórico de racionalización social del mundo y se compone fundamentalmente de la opinión general sobre lo correcto e incorrecto de las costumbres, reglas e instituciones existentes (1984, p. 21, n. 27) (North y Thomas, 1990, p. 5).

Asimismo, debemos mencionar que esta falta de armonía o incongruencia entre ambos tipos de instituciones puede presentarse debido a que, la dinámica de las llamadas *instituciones de movimiento lento* (cultura, valores, tradiciones), no coincide con la propia de las *instituciones de movimiento rápido* (leyes, reglamentos y organizaciones) (Roland, 2004, pp. 109-131).

2.4.3. Ausencia de consenso social en su elaboración

La ineficiencia institucional puede presentarse, debido a la carencia de unanimidad o amplia mayoría -mayoría calificada-⁸⁷ que impida la generación de acuerdos institucionales y las políticas públicas para ejecutarlos, o bien, aun habiéndolos realizado, que sea difícil -incluso, imposible- llevarlos a la práctica. Y es que, si bien la pluralidad tiene como objetivo la incorporación de nuevos sectores sociales a las negociaciones de la agenda económica (característica fundamental de un Estado democrático), puede resultar un factor, en extremo, costoso, y con tendencia a la inestabilidad a largo plazo (Banco Mundial, 1997, p. 168),⁸⁸ lo cual, como puede suponerse, puede traducirse en una mayor incertidumbre para los agentes económicos, así como en un crecimiento económico alejado de la frontera de posibilidades de producción; es decir, un incremento subóptimo.

Una de las principales causas, es la existencia de un gobierno minoritario, es decir, aquel que, mediante una coalición con otros sectores de la sociedad, obtiene el poder; ya que, después de su establecimiento, la elaboración y aplicación de su programa de gobierno -sea modificación de las instituciones, o bien, establecimiento de políticas públicas- implicaría la necesidad de efectuar mayores negociaciones con los grupos aliados, para incorporar sus respectivas demandas (Banco Mundial, 2002, p. 102).

⁸⁷ Es aquella donde se exige un porcentaje especial de votación; las mayorías calificadas más frecuentes son los dos tercios o las tres cuartas partes de la totalidad de los integrantes de un grupo colectivo.

⁸⁸ Al respecto, el propio Banco Mundial menciona que “(a)lgunos estudios han demostrado que los países con coaliciones amplias y fragmentadas suelen tener más dificultades para ajustarse a las conmociones externas”. Como ejemplo, enuncia los casos de Bélgica e Italia.

Ejemplo de este problema, puede apreciarse en la elaboración, aprobación y ejecución de instituciones en materia fiscal;⁸⁹ de los acuerdos en materia de regulación de industrias con gran repercusión económica (petróleo, energía eléctrica); en el cumplimiento adecuado de las disposiciones señaladas en los tratados de libre comercio y APPRIs, y en la reestructuración de las funciones estatales, en particular, en lo relacionado con el suministro de bienes públicos (privatizaciones). Incluso, se manifiesta en la creación de un nuevo modelo de política económica y su correspondiente marco institucional, como fue el caso de nuestro país, a partir de la adopción del mecanismo de mercado como determinante principal para el crecimiento económico,⁹⁰ ocurrido a partir de finales de la década de los ochenta, y que continúa hasta nuestros días.

2.4.4. Problemas de vigilancia relacionados con la teoría de la agencia

Debido a que los funcionarios públicos no tienen los mecanismos de supervisión ni de control –menos aún, los incentivos-⁹¹ necesarios para vigilar su adecuado funcionamiento; y debido a que carecen de un “contrapeso” en sus actividades cotidianas, la búsqueda de su interés personal, expresada en un aumento de sus rentas en perjuicio del bienestar social, puede ocasionar una incorrecta aplicación de las instituciones, de las políticas públicas, e, incluso, inconvenientes en el proceso de asignación de recursos (Buchanan, 1990, p. 21) (Dunleay, 1991, pp. 147-248).

Esta situación, derivada del inadecuado funcionamiento del comportamiento del agente -en la figura del funcionario público- en los asuntos encomendados por el principal -el elector o votante- (Jensen y Meckling, 1976, pp. 305-360) (North, 1984, pp. 227-228), en particular, por la divergencia de intereses entre uno y otro, ocasiona que la aplicación de los objetivos señalados en el marco institucional, y llevados a cabo a través de las políticas

⁸⁹ Por ejemplo, los presupuestos de egresos, leyes de ingresos, cambios en las tasas de interés, creación de nuevos impuestos.

⁹⁰ En el Capítulo IV abordaremos el proceso de liberalización económica que dio origen al marco institucional actual, lo que nos llevará a comprender este fenómeno en la práctica.

⁹¹ Este control puede darse mediante diversos mecanismos, entre los que sobresalen: un marco regulatorio eficiente del comportamiento, la fiscalización por parte de otras autoridades públicas, consultas ciudadanas, mayor competencia política entre los candidatos a puestos de elección popular, la celebración de acuerdos de coordinación con organismos internacionales, por mencionar algunos. Véase Banco Mundial (1997, pp. 8-9).

públicas, sean, en muchas situaciones, basados en intereses distintos, o, en el peor de los casos, contrapuestos (Eggertsson, 1990, p. 49).⁹²

2.4.5. Arbitrariedad gubernamental

Es uno de los principales inconvenientes que genera la deficiente aplicación de los principios establecidos en el marco regulatorio del Estado,⁹³ y surge cuando las instituciones políticas no delimitan, satisfactoriamente, la función gubernamental, o bien, aun existiendo, los órganos carecen un adecuado mecanismo de control y vigilancia sobre las actividades de los poderes públicos.⁹⁴ Esta deficiencia puede dar como resultado consecuencias negativas, para la aplicación del marco institucional, por ejemplo: casos de corrupción, discrecionalidad en los actos de autoridad, ausencia de credibilidad y confianza -e incluso, de legitimidad- en las organizaciones públicas, así como perturbaciones sociales. A continuación nos referiremos a las dos primeras.

2.4.5.1. Corrupción

El fenómeno de la corrupción, entendido como el ejercicio del poder público en beneficio de los poderes privados, se presenta cuando los mecanismos de control burocrático son demasiado débiles para fiscalizar el comportamiento *maximizador* de los funcionarios públicos; de igual manera, cuando algunos sectores económicos o grupos sociales -por ejemplo, el sector empresarial- tienen suficiente poder de negociación para participar e intervenir en las decisiones relacionadas con la creación de instituciones y políticas públicas

⁹² Por ejemplo, en el caso de los arbitrajes bajo el *Mecanismo Complementario* del CIADI, en su mayoría, han sido ocasionados por conductas distintas a las enunciadas en las leyes y disposiciones regulatorias de la función estatal; en particular, con las involucradas con el comportamiento estatal frente los derechos de propiedad, generados por la IED, de los inversionistas.

⁹³ Al respecto, así se pronuncia North: "(l)a existencia del Estado es esencial para el crecimiento económico; sin embargo, el Estado es la fuente del ocazo económico" (1984, p. 21, n. 35). Esta visión ha venido a replantearla el Banco Mundial, al expresar que "(e)n la evolución del Estado moderno, hay una tensión entre la necesidad de asegurar que los funcionarios públicos tengan poder suficiente para dirigir como corresponde los asuntos del país y la de evitar que ejerzan ese poder arbitrariamente en beneficio de unos pocos privilegiados" (2002, p. 99).

⁹⁴ Debemos mencionar que, una de las funciones originales de la separación de poderes, era el control o establecimiento de contrapesos para evitar el abuso y la extralimitación. Con gran claridad lo expresó Montesquieu, al escribir que "(p)ara que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites a la naturaleza misma de las cosas" (2001, p. 144).

acordes con sus intereses,⁹⁵ o bien, para la obtención de licitaciones públicas y concesiones administrativas. Asimismo, cuando los funcionarios, en razón de la ausencia de incentivos a su desempeño, no se encuentran lo suficientemente motivados para desarrollar sus funciones lo mejor posible.

La naturaleza de la corrupción puede concebirse como una especie de “contribución” o “impuesto” -ilegal, por supuesto- que deben pagar los agentes para poder operar en el mercado, mismo que puede solicitarse en dos momentos diferentes: a) el pago de una “cuota” determinada por el funcionario para la realización u omisión de un acto, y b) posteriores pagos que pueden ser solicitados por la misma u otra autoridad (Banco Mundial, 1997, p. 39).⁹⁶

Sus repercusiones son diversas, siendo las más relevantes las que se relacionan con aumento de los costes de producción, con el desvío de recursos para la elaboración de programas sociales, y el mejoramiento de los ya existentes; repercusiones que generan menor confianza en la actividad del Estado y del marco institucional, mayores costes sociales, o, en el peor de los casos, la fuga de capitales hacia otros países con un menor índice de pagos ilegales, por razones de corrupción; es decir, un Estado de derecho más fuerte y que genere un mayor ambiente de certidumbre.

2.4.5.2. Discrecionalidad

Hemos mencionado que la incertidumbre es una variable introducida en la elaboración de modelos de estudio, basados en las bases metodológicas de la Nueva Economía Institucional.⁹⁷ En este sentido, el problema aumenta debido a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales para realizar sus respectivas funciones, lo que afecta, principalmente, en la disposición y el ejercicio de los derechos de propiedad privados, así como en el funcionamiento correcto de los mecanismos tienen como objeto su protección y vigilancia (Banco Mundial, 2002, p. 100).

⁹⁵ Este aspecto se conoce como “sometimiento del Estado”. Según datos del Banco Mundial, se presentó, en mayor medida, en las naciones que formaban parte de la antigua Unión Soviética, así como en Europa Oriental (2002, p. 106). Lo anterior puede relacionarse con lo que expusimos sobre la naturaleza del Estado como instrumento de un grupo de poder (apartado 2.2.3, inciso c)).

⁹⁶ Como puede apreciarse, su carácter de “impuesto ilegal”, crea mayor incertidumbre, para el agente afectado.

⁹⁷ Véase el apartado 1.6.2. y 1.6.3. del Capítulo I.

Como ejemplo de lo anterior, pueden enunciarse diversos actos de autoridad -propios de cada uno de los tres poderes estatales- que pueden ocasionar consecuencias negativas en el desempeño económico. Así, tenemos: la expropiación administrativa (sea *directa* o *indirecta*),⁹⁸ la arbitrariedad de las reformas legislativas,⁹⁹ y la imprevisibilidad de la actuación de los jueces en los procesos jurisdiccionales (arbitrariedad judicial).¹⁰⁰ Estas deficiencias pueden ocasionar repercusiones negativas en la operación de las actividades económicas, y en las correspondientes transacciones.

Aunado a lo anterior, debemos mencionar que, tanto la existencia de organizaciones internacionales, como la mayor integración de los mercados, han permitido la delimitación de la discrecionalidad del Estado, en general, y de las organizaciones públicas, en particular.¹⁰¹ Lo anterior ha permitido, con mucho, la reducción de los costes de vigilancia y fiscalización, así como de la arbitrariedad gubernamental en general.

Por ejemplo, por lo que respecta a los principios sobre la conciliación y arbitraje (contenidos en el propio *Convenio de Washington*),¹⁰² así como la participación del CIADI en la solución de controversias en materia de IED, y los correspondientes principios sobre el trato a la IED (establecidos, como hemos enunciado anteriormente, tanto en los tratados de libre comercio, como en los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones -APPRI o Bits, por sus siglas en inglés-¹⁰³), han permitido acotar el margen de

⁹⁸ La *expropiación directa* puede considerarse como un acto de autoridad, que tiene como objeto la destitución del uso y goce de una propiedad, por causas de utilidad pública. En México, su base constitucional es el artículo 27; mientras que, la *expropiación indirecta*, es la obstaculización, por parte de las autoridades administrativas, para operar o permitir el correcto funcionamiento de una empresa. Como veremos en el Capítulo III, ésta última es la que tiene especial interés en relación con la IED, y las consecuentes demandas ante el CIADI.

⁹⁹ Se presenta de diversas maneras. En primer lugar, mediante el cambio de las leyes de un momento a otro. En segundo, a través la reforma unilateral, es decir, sin un diálogo con los sectores y grupos afectados (o bien, habiendo un diálogo, no respetar los acuerdos concretados). Finalmente, en tercer lugar, debido a la falta de generalidad de la creación de normas: las llamadas *normas especiales*.

¹⁰⁰ Tiene, como causa principal, la existencia de un amplio margen de actuación, por parte de los funcionarios judiciales, ocasionada, en primer lugar, por la deficiencia en los mecanismos de control, así como por la debilidad -y/o desconocimiento- de las leyes procesales relacionadas con la solución de controversias (principalmente, en materia de derechos de propiedad).

¹⁰¹ Como puede deducirse, este fenómeno lleva aparejada una redefinición del concepto tradicional de soberanía, misma que, anteriormente, se entendía como la facultad de un Estado para actuar de manera autónoma en su territorio.

¹⁰² Véase el apartado 3.6.1.1.2. del Capítulo III, relacionado con la naturaleza del *Convenio de Washington*, en su carácter procesal.

¹⁰³ Un *Bilateral Investment Treaty* (BIT, BITs), o bien, Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (APPRI, APPRI), es un instrumento por medio de cual dos Estados se obligan a respetar un mínimo de derechos a los nacionales del Estado del cual el inversionista es nacional. Su suscripción tuvo su mayor auge en los años noventa, en una segunda etapa, de tres tanto gobiernos como empresas intentaron "...proteger el

acción de los organismos públicos; en particular, la realización de actos que perjudiquen el uso y disposición de los derechos de propiedad, emanados de dicha actividad económica.

2.5. Consecuencias de la ineficiencia institucional en la actividad económica

2.5.1. Subdesarrollo

La ineficiencia del marco institucional -en particular, el relacionado con el establecimiento y protección de los derechos de propiedad- puede ocasionar problemas de subdesarrollo, entendido como el estado de atraso económico (caracterizado por la baja renta *per cápita*, el exceso de población, el reducido nivel de ahorro y formación de capital, la carencia de tecnologías productivas modernas, los deficientes servicios públicos, el predominio de las actividades productivas del sector primario, en el que trabaja la mayor parte de la población, el escaso grado de desarrollo, de los sectores industrial y de servicios, la baja de la productividad de la mano de obra en general y la falta de capacidad empresarial),¹⁰⁴ así como bajo desempeño económico en los países (North, 1993, pp. 139 *et seq.*).

Este fenómeno se debe a las causas planteadas en el apartado anterior,¹⁰⁵ en particular, a la incapacidad estatal para vigilar el marco institucional, así como a la *realidad económica* del país,¹⁰⁶ la cual se tendrá por óptima, para el intercambio económico, de acuerdo al grado de compatibilidad entre instituciones informales, con las de naturaleza formal, pues disminuye los incentivos que los agentes necesitan para mejorar el desempeño económico, y, en consecuencia, generar un mayor desarrollo.

En relación con la IED, el amplio margen de acción estatal permitido por la falta de vigilancia y ejecución del marco institucional que regula sus actividades, puede ocasionar controversias ante los tribunales nacionales e internacionales (en particular, en el CIADI), disminución de los montos de capitales importados o, estando previamente establecidos, el mal comportamiento de sus tribunales puede ocasionar su fuga, reduciendo recursos tan

funcionamiento de la inversión extranjera” (Gutiérrez Haces 2004, p. 30 y 31). Lo anterior demuestra que su surgimiento fue por razones, tanto económicas como políticas, en particular, por la necesidad de establecer mecanismos para atraer -al menos en teoría- mayor IED.

¹⁰⁴ Al respecto, uno de los mayores autores modernos sobre el tema, ha mencionado que “(e)s imposible seguir defendiendo la tesis de que el objeto de la Ciencia Económica es la riqueza. Al contrario, su obsesión ha de ser la pobreza” (Sampedro y Bergoza, 1996, p. 23).

¹⁰⁵ Véase, apartado 2.4.

¹⁰⁶ Definiremos como *realidad económica* al conjunto de circunstancias de riqueza, frontera productiva, desarrollo tecnológico y grado competencia establecidos en un territorio y un momento determinado.

necesarios para que un país en vías de desarrollo, como es el caso de México, impulse su economía nacional.

Existen múltiples ejemplos de estas consecuencias negativas. En este sentido, el caso del subdesarrollo de los Estados miembros de la extinta Unión Soviética, es idóneo para demostrar lo anterior. Estos países, aún a pesar de haber introducido las economías de mercado, y a pesar de haber adaptado sus respectivos marcos institucionales al nuevo modelo, aún no han obtenido los resultados esperados.¹⁰⁷ Esta situación la viven, en la actualidad, diversos países latinoamericanos, entre los cuales se encuentra, por supuesto, México,¹⁰⁸ como lo demostraremos en el último capítulo de este trabajo.

2.5.2. Suboptimalidad de la producción

En el Capítulo I mencionamos que la Economía Neoclásica argumenta que, la frontera de posibilidades de producción, se alcanza con una adecuada combinación de los factores productivos,¹⁰⁹ incorporando, a su ecuación, la variable del desarrollo tecnológico.¹¹⁰ Asimismo, agregamos que, el marco institucional, si es acorde con el ambiente propiciado por las instituciones informales del país -sean económicas, sociales, políticas e incluso culturales-, tiene como objeto una mayor ampliación de esa frontera; es decir, impulsar mayor crecimiento económico,¹¹¹ sin contraponerse al interés colectivo, lo que se traduciría, en un desarrollo más sustentable y duradero.

En otras palabras, un mal diseño de las “reglas del juego, así como de los mecanismos que pretenden vigilar su cumplimiento y protección, genera un alejamiento de esa frontera.

¹⁰⁷ Un documento bastante completo sobre esta situación, puede verse en Sánchez Sánchez (1996, pp. 283-298).

¹⁰⁸ En efecto, a pesar de la adaptación de la Constitución Norteamericana por el constituyente de 1857, su reafirmación en la de 1917, y la incorporación de modelos institucionales en materia de economía internacional al comportamiento de la economía mexicana en años posteriores, los resultados no han sido los esperados; incluso, han agravado problemas iniciados, en el periodo posrevolucionario, a partir de la década de los cuarenta, como el crecimiento de la desigualdad y la marginación. La génesis de esta situación la desarrolla North. Al respecto, véase North (1993, pp. 146-148). En el trabajo mencionado, puede resultar interesante la comparación que realiza entre el éxito económico de las colonias inglesas (en particular, EEUU), y las españolas.

¹⁰⁹ Lo anterior se representa de la siguiente manera: $Q = f(T, W, K)$, donde (T), es la Tierra; (W), el Trabajo; y el capital es representado por (K).

¹¹⁰ El desarrollo tecnológico es representado por “D”.

¹¹¹ Se puede representar de la siguiente manera, a la función mencionada ($Q = f(T, W, K)$), se le agregan las instituciones (I), quedando de la siguiente manera $Q = f(T, W, K, I)$. la representación gráfica puede encontrarse en Ayala Espino (1999, p. 69).

Lo anterior puede reflejarse de diversas maneras, entre las cuales se pueden enunciar, las siguientes: falta de incentivos a la producción, menor competitividad internacional, disminución del bienestar social, y por supuesto, mayores costes sociales.¹¹²

2.5.3. Desigualdad económica y social

Uno de los mayores debates existentes a lo largo de todo el pensamiento económico, es el relacionado con el mayor interés que tiene la economía en la producción y la distribución del excedente social. De esta manera, al funcionar las instituciones como coordinadoras y complementarias al mecanismo de precios, y ampliando las fronteras de posibilidades de producción, pueden generar un mayor crecimiento. Sin embargo, también es probable que disminuya el desarrollo económico -y social-, entendido como la mejor distribución de la riqueza y el excedente social; es decir, no sería posible la consecución del ideal conocido como “justicia social”.

En este tenor, la Nueva Economía Institucional plantea que, una inadecuada coordinación y vigilancia de las instituciones por parte del Estado,¹¹³ puede generar un mayor margen de desigualdad económica y social entre los diversos grupos y sectores sociales;¹¹⁴ por ejemplo, la incorrecta distribución de la riqueza entre los grupos rurales y urbanos; entre hombres y mujeres; entre grupos vulnerables; entre personas mayores de edad y jóvenes; entre patrones y trabajadores, e, incluso, entre las diversas entidades federativas, en políticas públicas como la del régimen de participación fiscal (Perry y Steiner, 2011, pp. 1-8).

¹¹² Al igual que los demás factores de la producción, un mal manejo y control del marco institucional ocasiona un mayor coste de oportunidad, uno de los cuales puede reflejarse en la mala utilización del gasto público en el mantenimiento de las organizaciones públicas, en sus tres divisiones y en sus tres ámbitos. En efecto, el presupuesto público destinado a las funciones de estos poderes, podría ser utilizado en proyectos sociales de suma necesidad. Por ejemplo, en materia de educación, salud, infraestructura básica y demás servicios o bienes considerados públicos.

¹¹³ Principalmente, las de naturaleza social. Por ejemplo, un descuido en las instituciones relacionadas con los programas de educación, de salud pública, de alimentación, de pensiones y programas salariales. En relación con las económicas, el funcionamiento inadecuado de las instituciones en materia fiscal, puede ocasionar serios problemas de déficit del gasto público.

¹¹⁴ Hay quienes, no obstante, consideran que, no necesariamente, una deficiencia de la estructura institucional es la causa de este fenómeno. Véase, Cortés, en Ziccardi (2001, pp. 199-244). Lo cierto es que la mayoría de los autores consideran lo contrario, sobre todo, en el caso latinoamericano.

2.5.4. *Mayores costes sociales*

Retomando el planteamiento desarrollado por Ronald Coase, en su trabajo titulado *El problema del coste social* (2004), y cuyos puntos básicos estudiamos en el Capítulo I,¹¹⁵ las instituciones (en particular, como expusimos, las relacionadas con la delimitación y protección de los derechos de propiedad), tienen como objetivo fundamental la disminución de las externalidades negativas -y, en su caso, la ampliación de las positivas-¹¹⁶ y, de esa manera, reducir costes sociales, armonizando el interés individual con el colectivo.

En consecuencia, un arreglo institucional inadecuado, así como el comportamiento arbitrario de los propios organismos públicos, puede provocar un aumento de los mismos. Ejemplo de ello es el caso mexicano.

Si bien abundaremos, sobre este aspecto, en el Capítulo IV,¹¹⁷ debemos destacar que, en nuestro país, han surgido elevados costes por la deficiencia en el marco institucional, instaurado a partir del proceso de apertura sectorial (finales de los años ochenta), y por el cual se reorganizaron actividades públicas como el comportamiento de los funcionarios,¹¹⁸ las nuevas relaciones laborales,¹¹⁹ o bien, el sistema tributario (Ayala Espino, 2003, p. 174 *et seq.*). Tales deficiencias han dejado ver que los nuevos lineamientos y disposiciones han resultado costosos, no sólo por lo que respecta a su proceso de elaboración (coste de producción), sino también, en relación con su ámbito de aplicación efectiva (coste social).

Estos costes sociales también han sido provocados por la desarmonización de las instituciones internacionales con las nacionales. Por ejemplo, en materia de IED, la violación, por parte del Estado mexicano, a los principios de trato a la importación de capitales -y a los propios inversionistas- establecidos en los acuerdos internacionales en materia comercial y

¹¹⁵ Véase el apartado 1.5.1.2.

¹¹⁶ Debemos recordar que las externalidades son los beneficios o perjuicios que, mediante un acuerdo entre dos agentes, pueden recaer en una tercera persona. En *El problema del coste social*, se refiere a "...aquellas acciones de las empresas que tienen efectos perjudiciales para terceros" (Coase, 1994, p. 121).

¹¹⁷ Véase el apartado 4.2.

¹¹⁸ Consecuencia del agotamiento del pacto revolucionario, la Administración Pública centralizada permitió, a sus funcionarios, la entrega de concesiones monopólicas, falta de transparencia en la rendición de cuentas, aumento de inflación (mediante el aumento indiscriminado de la masa monetaria y políticas populistas), expropiaciones -sin sustento jurídico- por presunta "utilidad pública". En resumen, el autoritarismo habría de generar costes a largo plazo, mismos que están siendo pagados por las nuevas generaciones.

¹¹⁹ Esta situación ha ocasionado un aumento del empleo informal en las regiones con retrasos en este aspecto. Un documento bastante esclarecedor es Bacchetta (2009).

de inversión extranjera,¹²⁰ han ocasionado múltiples controversias, algunas de las cuales fueron solucionadas bajo el arbitraje del *Mecanismo Complementario* del CIADI, y cuyas resoluciones finales -es decir, los laudos- se han traducido en el pago, no sólo de gastos procesales y de representación judicial durante el arbitraje, sino en indemnizaciones hacia los inversionistas, por parte del Estado mexicano, ya que, como expondremos en el Capítulo IV, los tribunales señalaron la responsabilidad del órgano demandado -y con ello, del Estado mexicano-; indemnizaciones que han sido pagadas con las contribuciones de todos los ciudadanos.¹²¹

¹²⁰ Ejemplo de dichos acuerdos es el TLCAN, los celebrados con algunos países latinoamericanos, así como los diversos Acuerdos en Materia de Protección de Inversiones.

¹²¹ Al respecto, Miguel Rábago Dorbecker ha escrito que "...un posible fallo emanado de tal sistema de adjudicación (se refiere al arbitraje de inversiones) repercute sobre los *fondos públicos*, ya que el Estado *es el encargado* de pagar las indemnizaciones por el *daño* derivado de la responsabilidad internacional del Estado" (cursivas nuestras). Véase Rábago Dorbecker, en Rodríguez y Wöss (2010, p. 166 y 167).

2.6. Consideraciones finales

A partir de lo expuesto en el presente capítulo, podemos obtener las siguientes consideraciones finales:

En *primer lugar*, por lo que respecta a la definición de Estado, es claro que, a diferencia de las expuestas por otras ciencias sociales (en particular, la Ciencia Política), la Nueva Economía Institucional resalta su participación como diseñador del marco institucional -principalmente, reiteramos, en materia de derechos de propiedad- necesario para coordinar la actividad económica; por ejemplo, para coordinar los intereses privados y colectivos, las externalidades, la vigilancia de los acuerdos. En otras palabras, limitan la noción de Estado al ejercicio de la función gubernamental.

Ahora bien, por lo que respecta a su origen, hemos destacado que, el aumento de la complejidad de las transacciones a través del tiempo, dio origen a al Estado moderno. De esta manera, los agentes pudieron dedicarse plenamente a la producción, sabiendo que, a cambio de un precio -expresado en impuestos o contribuciones-, un organismo imparcial atendería y solucionaría cualquier conflicto derivado del intercambio económico. Lo anterior se reafirma con el análisis expuesto en torno a la justificación de su existencia, sabiendo que, por la ventaja competitiva en la violencia, puede diseñar y vigilar su cumplimiento, con menores costes.

Por otra parte, el análisis como organización e institución, que presentamos en el apartado respectivo, nos permitió entender que, si concebimos al Estado como un arreglo institucional, su dinámica es causante de la propia evolución de las reglas del juego. En este sentido, el estudio de su funcionamiento interno, por parte de los organismos encargados en la elaboración de las disposiciones reguladoras de la reiterada actividad de los agentes, habría de proporcionar los parámetros que la propia dinámica económica, política y social requiere, para un mejor desempeño del mismo.

Esta reflexión pondría en duda un postulado jurídico tradicional, que justifica la acción del poder legislativo como planificador del marco institucional, y lo acercaría aún más -aunque no totalmente- al enfoque de la llamada economía austriaca, que postula que el orden institucional surge a partir de la interacción interna y externa de los individuos en el mercado (económico, político, cultura, entre otros), y no se formula mediante esquemas

planificadores, debido la carencia de una visión plena, por parte del legislador, del fenómeno a regular; es decir, surge a través de lo que ellos llaman “orden espontáneo”.

Pudimos percatarnos además, que, si bien hay desventajas en la participación del Estado como coordinador del mercado, los incentivos para promoverla son mayores, debido a que permite, a los productores, disminuir los costes, aumentar los volúmenes de los capitales -y los horizontes temporales- a invertir, y evitar el mayor número posible de daños y perjuicios. Ahora bien, en relación con las desventajas, expusimos que pueden disminuirse de dos maneras: a) con el desarrollo de un mayor ambiente democrático (por ejemplo, a través de mecanismos de transparencia, rendición de cuentas, control de gasto público, y participación ciudadana en la toma de decisiones), y b) mediante la coordinación de sus actividades con organismos internacionales -en particular, con los que han sido diseñados para solucionar controversias derivadas de las transacciones económicas, como la Organización Mundial de Comercio (en adelante, la OMC), en materia de comercio internacional; y el CIADI, en materia de inversiones-, los cuales, debido a su imparcialidad, generen, a través de sus resoluciones, determinar los parámetros más eficientes que el Estado debe seguir para limitar su propio comportamiento, y, en consecuencia, prevenir actos que ocasionen daños a los derechos de propiedad de los individuos.

En *segundo lugar*, por lo que se refiere a las funciones del Estado, resaltan, además de las aceptadas por las escuelas económicas predominantes (mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, proporcionar servicios básicos, creación de infraestructura, entre otras), su actividad como coordinador del funcionamiento del mecanismo de mercado. En este sentido, y por lo que respecta a su función como diseñador del marco institucional, determina los principios -la ideología, en palabras de North- que habrán de regir la actividad económica. Éstos son “formalizados” en un documento denominado Constitución política, el cual, a su vez, es consecuencia del consenso surgido a través de las diversas negociaciones entre los diferentes grupos y sectores que conforman la sociedad.

Los principios establecidos en la, también llamada, Carta Magna, son legitimados a través de las leyes derivadas de la misma, conjuntándose éstos, en el llamado orden público, y que contiene las modalidades para el correcto uso de los derechos de propiedad. Aunado a lo anterior, también expusimos que, además de los lineamientos provenientes de la

FUNCIÓN DEL ESTADO, SEGÚN LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

Constitución, deben tomarse en consideración los establecidos en el marco institucional internacional, sea formal e informal; por ejemplo, aquellos relacionados con el trato a la IED (estipulados, tanto en los tratados de libre comercio y en los APPRI), así como los generados mediante la práctica comercial y económica a través del tiempo.

Otra de sus actividades es la de vigilar el cumplimiento del propio marco institucional. En este aspecto, y coincidiendo con el argumento neoclásico en torno a la expansión de la función pública, la Nueva Economía Institucional sugiere que puede lograrse mayor eficiencia del poder judicial por medio de la especialización, capacitación y adiestramiento de los funcionarios judiciales en los mecanismos alternativos de solución de controversias (como el arbitraje, sea comercial o de inversiones), así como la incorporación, en la elaboración de sus resoluciones, de elementos basados en las nuevas líneas de estudio de las leyes, como el Análisis Económico del Derecho. Asimismo, puede mejorar su funcionamiento -y, en consecuencia, asegurar un mayor índice de cumplimiento de las instituciones- a través de su coordinación con organismos internacionales, como los paneles de la OMC y el arbitraje administrado por el CIADI, como hemos mencionado más arriba.

También explicamos que, otra de las ocupaciones del Estado que destaca la Nueva Economía Institucional, es la de disminuir los problemas relacionados con la información. Sobre este punto, la división entre su obligación de proporcionar la mayor información pública posible (en particular, sobre el marco institucional vigente, así como de los trámites y los procedimientos administrativos necesarios para la validez de los acuerdos relacionados con los derechos de propiedad, sin incurrir en actos ilegales o contrarios al orden público), y la de presionar a los agentes -por ejemplo, productores e instituciones bancarias- para dar a conocer las características de sus bienes o servicios ofrecidos, tiene por objeto, en el primer caso, la reducción de la incertidumbre; mientras que, por otra parte, pretende evitar daños a los consumidores, al permitirles provechar adecuadamente los bienes y servicios adquiridos.

En *tercer lugar*, respecto a las causas que generan la ineficiencia del marco institucional, demostramos que su sola existencia es insuficiente para que funcione adecuadamente; por el contrario, su ausencia, puede convertirse en un obstáculo para el crecimiento económico.

En este sentido, la falta de capacidad del Estado, como la ausencia de un poder judicial ineficiente, lo que se materializa en procedimientos lentos, jueces con un amplio margen de

actuación, funcionarios con inadecuada preparación para ejercer sus labores, e, incluso, la dependencia o sumisión del propio poder a otros); falta de mecanismos públicos para vigilar el cumplimiento de los acuerdos y de sistemas de información pública; mal desempeño en actividades, como la creación de sistemas de comunicaciones (camino y telecomunicaciones), de servicios básicos, de políticas públicas para la promoción de la competencia económica, entre otros, puede convertir a las leyes y disposiciones en un cúmulo de buenos principios, pero ineficaces e ineficientes.

Asimismo, y retomando el debate en torno a la complementariedad de las instituciones formales con las de naturaleza consuetudinaria, demostramos que los factores como la ideología, la cultura y los usos y costumbres, pueden mejorar o perjudicar el funcionamiento del marco institucional. Derivado de lo anterior, expusimos que, en el proceso de creación de las disposiciones formales, el legislador debe convertirse, en algunos casos, en un “tomador de instituciones”, dejando a un lado (al menos, parcialmente), su función tradicional como planificador institucional; ello, en razón de que no posee toda la información -ni especialización- necesaria para su correcta formulación. Lo anterior se reduce a la siguiente fórmula: en ocasiones, las instituciones surgen, no se crean.

Otra de las causales que originan el pobre desempeño de las instituciones, es la ausencia de consenso social en su elaboración. Y es que, además de la Constitución, la formulación de instituciones secundarias -e incluso, el desempeño del gobierno- requiere de acuerdos y de aceptación generalizada, por parte de la mayoría de sectores sociales, para su óptimo funcionamiento. Dicha situación, además de implicar ineficiencias, genera excesivos costes de negociación; de igual manera, retrasa el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las disposiciones.

Un problema relacionado, y que genera similares consecuencias a las anteriores, es el que podemos abordar a partir de la Teoría de la Agencia. En efecto, la discordancia entre los intereses de los funcionarios públicos y los de los ciudadanos y electores, puede provocar costes e, incluso, problemas de confianza y legitimidad, tanto hacia el gobierno, como al marco institucional. La situación se complica cuando el margen de arbitrariedad gubernamental le permite “desviarse” de los objetivos planteados en los acuerdos institucionales y programas diseñados para el desarrollo económico; ya que, fenómenos como la corrupción y la discrecionalidad estatal -incertidumbre e impuestos ilegales,

respectivamente- originan factores negativos. Por ejemplo, mayores costes de producción (reflejados en un aumento en el precio de los bienes y servicios), o, en un caso más grave, desincentivar actividades económicas, como la producción, y, respecto a la IED, menores montos de capital importados.

Finalmente, en *cuarto lugar*, demostramos que la ineficiencia del marco institucional en la coordinación de la actividad económica, puede generar consecuencias negativas. Algunos de éstos, son: subdesarrollo, producción subóptima, así como desigualdad y altos costes sociales.

Por lo que se refiere al subdesarrollo, la inadecuada delimitación y protección a los derechos de propiedad genera atraso económico, sobrepoblación, bajas rentas *per cápita*, entre otros. Por ejemplo, la incapacidad del Estado para proteger los derechos de propiedad relacionados con la inversión extranjera, puede ocasionar menores montos de capital importados, fuga del introducido previamente, o bien, conflictos que terminen en arbitrajes internacionales, como los que veremos en el siguiente Capítulo.

Situación similar se observa con la *suboptimalidad* de la producción. En efecto, un marco institucional ineficiente hace que los intercambios entre los agentes sean costosos. Aunado a ello, puede ocurrir que los factores involucrados no sean aprovechados de la mejor manera posible, lo que se traduce en el encarecimiento de éstos para los sectores que, por su naturaleza, hubieran sido mejor aprovechados.

En relación con la desigualdad económica, retomamos, una vez más, la reflexión sobre la incapacidad del mercado para asignar de manera eficiente el excedente social. En este sentido, un inadecuado marco institucional puede ocasionar un alejamiento del ideal de “justicia social”. En términos más precisos, las disposiciones que no han sido emanadas de un consenso social -o bien, a través de una aprobación mayoritaria- son situaciones que pueden reflejar que fueron diseñadas para beneficiar a determinados grupos sociales; lo anterior se agrava con un gobierno faccionario, es decir, que no se encuentra conformado por otros grupos sociales.

Por último, la mencionada ausencia de consenso en la elaboración de las reglas del juego, ocasiona excesivos costes sociales. Lo anterior, por dos razones: en primer lugar, debido a

FUNCIÓN DEL ESTADO, SEGÚN LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

su incumplimiento, así como por el alto coste que el Estado requiere para obligar su observancia; y, en segundo, por las externalidades negativas que provoca, debido a que ha sido creado para favorecer a un determinado grupo social: el que elabora dichas reglas.

SEGUNDA PARTE
CAPÍTULO III
UN ACERCAMIENTO DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO AL CENTRO
INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

3.1. Consideraciones generales

En éste capítulo utilizaremos los elementos teóricos y metodológicos que proporciona la Nueva Economía Institucional; pero, ahora, para reflexionar en torno al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), desde un ángulo distinto al que, hasta la fecha, ha sido realizado por los estudiosos, tanto del procedimiento como de la organización. De esta manera, podremos ampliar el panorama de análisis que dicha organización ha tenido en la actividad económica de nuestro país, principalmente, en materia de asignación de los derechos relacionados con la inversión extranjera directa (en adelante, IED).

Para ello, en el siguiente apartado expondremos las generalidades que nos permiten comprender al Centro, en particular, su proceso de creación, en razón de los determinantes históricos de las relaciones económicas en materia de IED, acontecidos en los últimos años; asimismo, expondremos su naturaleza, la cual nos permitirá concebir su función jurisdiccional como un mecanismo *híbrido* surgido para la reducción de costes *ex post*. También lo estudiaremos, tanto como un arreglo institucional, como en torno a su naturaleza organizacional, finalizando con una explicación sobre las razones que, bajo los criterios de la Nueva Economía Institucional, justifican su existencia.

Posteriormente, bajo el argumento, demostrado en el Capítulo I, de que el intercambio de derechos es la causa generadora de los costes de transacción -entendidos, como se dijo en su momento, como los gastos generados por la utilización del mecanismo de mercado-¹ analizaremos, en el apartado 3.3., la relación existente entre aquellos que se generan por la importación de capitales, y su reducción a través de la creación mecanismo arbitral que

¹ Debemos recordar que los costes de transacción fueron definidos como las erogaciones que incluyen el gasto realizado para la obtención de información, negociación, vigilancia y cumplimiento de contratos y la protección y vigilancia de los derechos de propiedad. Es decir, se trata de los costes no realizados directamente a la producción (Ayala Espino, 1999, pp. 183-184). Para abundar más en este aspecto, véase el Capítulo I, apartado 1.4.1.

administra el CIADI. Para ello, demostraremos su existencia y reducción a partir de dos criterios:

- a) Los costes de transacción surgen debido al aumento de la complejidad -material, subjetiva e institucional- de las transacciones (situación que requiere de mecanismos institucionales y más elaborados para garantizar el cumplimiento de los acuerdos entre los inversionistas y los Estados receptores del capital, como el arbitraje del CIADI), y
- b) En razón de la pérdida de valor que, debido de su especificidad -principalmente geográfica o física- poseen los activos importados y/o adquiridos (el CIADI pretende mantener el valor específico de un activo, a través de garantizar que, efectivamente, los derechos derivados de las inversiones extranjeras serán protegidas y garantizadas).²

Enseguida, exponemos la relación que tiene la actividad arbitral del CIADI con la delimitación de los derechos de propiedad relacionados con la IED. Para tal efecto, retomamos los elementos teóricos que la Nueva Economía Institucional presenta sobre aquellos. De igual manera, enunciamos las modalidades y principios que se establecen, tanto en el marco institucional nacional, como internacional, mismos que establecen modalidades negativas o positivas en su tratamiento. Concluimos el apartado con un análisis detallado sobre la expropiación, clasificándola en directa e indirecta.

Más adelante, enunciamos los objetivos que tiene el Centro. Para ello, utilizamos los postulados establecidos por la Economía de los Costes de Transacción para demostrar que existen otros dos que tienen estrecha relación con el intercambio económico: coordinar y delimitar los derechos de propiedad.

Finalmente, realizamos una descripción del marco institucional que regula la actividad del CIADI, así como de su organización interna. Por lo que se refiere al primer aspecto, analizamos, particularmente, dos documentos: el *Convenio de Washington* y el *Mecanismo Complementario*, destacando, en ambos, su naturaleza, origen, contenido, y los reglamentos que se derivan de cada uno. En relación con su estructura, estudiamos, tanto el Consejo Administrativo como el Secretariado, en particular, sus respectivas composiciones

² Un estudio más profundo puede encontrarse en el apartado 3.3.

internas y las principales funciones que poseen. Lo anterior, por supuesto, utilizando los supuestos metodológicos que nos ofrece la Nueva Economía Institucional. Finalizamos el Capítulo con algunas conclusiones o consideraciones finales derivadas de todo lo escrito.

3.2. Panorama general del CIADI

3.2.1. Génesis del Centro

La ciencia del derecho ha intentado aproximarse a la comprensión sobre el origen del CIADI -en particular, su procedimiento arbitral de solución de controversias-, realizando un estudio comparado de éste con los múltiples mecanismos que, a lo largo del tiempo, los agentes económicos han utilizado para dirimir las diferencias emanadas de sus respectivos acuerdos.³ Sin embargo debido a las limitaciones que la propia metodología jurídica presenta, las explicaciones, fruto de tales investigaciones son, por lo que respecta a la visión que requiere la comprensión del intercambio económico, insuficientes.

Por tal razón, en este apartado esbozaremos una aproximación sobre su origen, a través de las herramientas que la Nueva Economía Institucional nos proporciona, las cuales fueron expuestas en el Capítulo I. Para ello, retomaremos el planteamiento histórico sobre el surgimiento de las instituciones,⁴ así como del propio Estado,⁵ desarrollado, como dijimos, por Douglass North (1987, pp. 419-428), (1984) y North, Wallis y Wingast (2009) y cuya sistematización fue elaborada, ampliamente, por José Ayala Espino (1996).

De manera similar al proceso histórico que dio nacimiento al Estado (en particular, por lo que respecta a su función como vigilante del marco institucional),⁶ el CIADI fue creado para administrar dos procedimientos de solución de controversias -conciliación y arbitraje- que permitieran reducir la incertidumbre de los inversionistas extranjeros, así como los costes de transacción, cada vez mayores, generados por el incremento de la exportación e importación de capitales. En otras palabras, el mecanismo arbitral del CIADI, diseñado a través de las recomendaciones y opiniones de expertos de ochenta y seis países (CIADI,

³ Entre los mecanismos, se encuentran: a) el arbitraje entre Estados; b) las negociaciones a través de Comisiones Mixtas de Reclamaciones; c) el uso de la fuerza para cobrar deudas, y d) el arbitraje comercial internacional. Sus características serán estudiadas en el apartado siguiente.

⁴ Sobre las teorías que han explicado la creación y modificación del marco institucional desde la perspectiva de la Nueva Economía Institucional, véase el apartado 1.2.2, del Capítulo I.

⁵ Véase apartado 2.2.2. del Capítulo II.

⁶ Véase el apartado 2.3.2, del Capítulo II.

2003, p. 40),⁷ y formalizadas mediante el llamado *Convenio de Washington*, fue constituido para reducir los excesivos costes de gestión y negociación provocados por la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos relacionados con las inversiones extranjeras por los Estados receptores del capital, cuya etapa de auge habría de surgir a partir de ese proceso de expansión financiera y reordenamiento institucional. En particular, se discutieron los siguientes argumentos:

- a) Formalizar un sistema de solución de controversias que, en razón de su especialización técnica y posición en las relaciones económicas internacionales, pudiera limitar y distribuir, de manera óptima y eficiente, los derechos de propiedad derivados de la IED (San Emeterio Martín, 2006, pp. 90-93);
- b) Promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capitales privados internacionales hacia los países que deseaban atraerlo (CIADI, 2003, p. 40); es decir, reducir la incertidumbre y neutralizar los posibles riesgos generados por las conductas oportunistas del Estado, que pudieran afectar o limitar los derechos de propiedad de los inversionistas relacionados con sus inversiones,⁸ y
- c) Reducir los llamados costes *ex post* (Williamson, 1989, p. 31), o costes generados por una controversia en relación con la vigilancia del correcto cumplimiento del acuerdo de inversiones.⁹

De lo anterior puede comprenderse que, a través de la negociación y aprobación del marco institucional -en particular, del *Convenio de Washington*- que dio origen, tanto al CIADI como al procedimiento arbitral que éste habría de administrar,¹⁰ fue consecuencia de una *necesidad histórica*, por parte de los agentes económicos, para reducir los costes generados por la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos entre éstos y de los

⁷ Asimismo, dicho documento plantea que, por lo que respecta a la discusión y aprobación, formaron parte juristas y expertos de los 61 países miembros del Banco (CIADI, 2003, p. 40).

⁸ Sobre la conducta oportunista y su relación con los costes de transacción, véase el apartado 1.4.3., del Capítulo I.

⁹ Sobre la clasificación entre costes *ex ante* y *ex post*, véase el apartado 1.4.2.

¹⁰ Debemos reiterar que, además del arbitraje, el CIADI ofrece servicios de conciliación y, a partir de la creación del documento conocido como *Mecanismo Complementario*, también proporciona un procedimiento de *comprobación de hechos*, que pudieran dar lugar a una afectación a los derechos de propiedad en materia de IED.

inversionistas extranjeros¹¹ (cada vez mayores en razón de la complejidad de los acuerdos), dejándoles la posibilidad de dedicarse plenamente a la actividad económica, y reducir, en mayor medida, los problemas relacionados con las transacciones (North, Wallis y Weingast, 2009, p. 21 *et seq.*).

De manera más detallada, y en relación con esta *necesidad histórica*, debemos destacar que, como ha sido sostenido por una autora, tanto la contraposición de intereses de los agentes económicos (de los Estados receptores del capital y de los inversionistas extranjeros, sean empresas transnacionales y particulares), tanto las deficiencias en el marco institucional de los países de menor desarrollo -los más necesitados de capital- en cuanto al tratamiento y protección de los derechos de propiedad relacionados con la IED, como los respectivos contratos de transferencia de dichos activos, propiciaron el surgimiento del CIADI para proveer de un mecanismo imparcial de solución de controversias emanadas de los propios acuerdos entre ambos agentes. En palabras de la propia autora:

...la contradicción entre los intereses de la IED y los gobiernos de los países de menor desarrollo económico eran particularmente graves.... condujo a las instituciones de financiamiento internacional (en particular, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, ahora Banco Mundial) a idear el establecimiento de un foro internacional de carácter imparcial en el cual fuese posible dirimir las controversias entre un inversionista y el país huésped mediante la conciliación o el arbitraje. Con este propósito en 1966 se creó el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) bajo los auspicios del Banco Mundial (Gutiérrez-Haces, 2004, p. 31).¹²

3.2.2. *Naturaleza*

En relación con la naturaleza del CIADI -en particular, del procedimiento arbitral que esta organización administra-, podemos percatarnos, a través de un seguimiento histórico-evolutivo que, tanto de la estructura del arbitraje como del marco institucional, presenta características de los diversos mecanismos de solución de controversias, más utilizados por

¹¹ Cabe destacar que, el inversionista, debe reunir ciertas características para acceder al mecanismo. Dado que en este trabajo no pretendemos abundar sobre el procedimiento arbitral, sugerimos, para ilustrar estos requisitos, se consulte a Rodríguez Jiménez (2006, pp. 227-376). De igual manera, a Vives Chillida (1998, pp. 102-123).

¹² Esta idea puede completarse con lo expuesto en el apartado 3.3, donde se estudia, de manera más específica, la relación que tiene la actividad del CIADI con la reducción de los costes de transacción generados por la complejidad, tanto del marco institucional, como la de los propios activos.

los agentes para solucionar las controversias generadas por la falta de cumplimiento de las transacciones comerciales e, incluso, de naturaleza estrictamente política o diplomática.

En este sentido, podemos mencionar que el arbitraje de inversiones del CIADI contiene elementos de los siguientes instrumentos de solución de diferencias: a) del arbitraje entre Estados o público; b) de las llamadas “Comisiones Mixtas de Reclamaciones”,¹³ y c) del arbitraje comercial internacional, en particular, el administrado por instituciones establecidas previamente para tal efecto, como el que ofrece la Cámara de Comercio Internacional.¹⁴ De igual manera, y por lo que respecta a los mecanismos que no podrían considerarse legítimos, se encuentra en uso de la fuerza para el cobro de deudas, como frecuentemente ocurrió en nuestro país, en el siglo XIX.¹⁵

Una revisión más amplia de los modelos enunciados nos permite descubrir que, el procedimiento arbitral del CIADI, es un *mecanismo híbrido* para la solución de controversias -pero sin dejar de poseer elementos propios, como los requisitos que deben reunir las partes, o el objeto de la controversia- creado a través de un arreglo institucional, y administrado por un organismo que, al poseer cierta *ventaja competitiva*, tanto por su particular organización como por la especialización de sus árbitros (y, debido a su respaldo por un organismo con gran peso específico en las relaciones económicas internacionales, como es el Banco Mundial), tendría mayor facilidad para administrar, coordinar y resolver los procedimientos arbitrales entre el inversionista extranjero y el Estado receptor del capital.

¹³ Un ejemplo de éstas son las formadas para dirimir controversias derivadas del conflicto revolucionario de 1910. Véase, Seara (1965, p. 590).

¹⁴ El arbitraje institucional es, según la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* aprobada el 28 de junio de 1985, “...cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”. Una aproximación a este tipo, y a su contraparte, el arbitraje *ad hoc*, puede verse en Fernández Rosas (2008, pp. 71-104).

¹⁵ Este comportamiento perseguía intereses más amplios que los relacionados con los derechos de propiedad, ya que no se buscaba únicamente la declaración de la responsabilidad jurídica internacional y su posterior reparación, sino que también se perseguía la satisfacción, por parte del Estado reclamante, de diversos intereses sociales, económicos, políticos e, incluso, de dominación y subordinación. Por tal razón, en más de una ocasión fueron utilizados como un “pretexto” para la acción del Estado agresor, quien, iniciado el enfrentamiento, dejaba a un lado los intereses originales de sus nacionales.

3.2.3. *El CIADI como institución y como organización*

En el Capítulo I expusimos el debate que, los autores de la Nueva Economía Institucional, como Douglass North (1990, p. 2) y Geoffery Hodgson (2011, p. 31 *et seq.*),¹⁶ han generado en relación con la semejanza -o diferencia- entre las instituciones y organizaciones. De igual manera, retomamos esta controversia en el Capítulo II, cuando analizamos al Estado como uno y otro,¹⁷ con el objetivo de demostrar que dicha interrelación permite la evolución del propio marco institucional que rige su actividad.

Ahora, volveremos a utilizar este planteamiento para determinar la posición del CIADI desde ambas perspectivas. Con ello, pretendemos demostrar tres aspectos:

- a) Que es, a la vez, una organización, jerarquizada y estructurada a partir de niveles directivos -es decir, como lo entiende Oliver Williamson (1975)- y coordinada por el marco institucional respectivo;
- b) Que, como arreglo institucional, las “reglas del juego”, tanto nacionales como internacionales, interactúan constantemente para evolucionar de acuerdo a las necesidades de los agentes, y
- c) Que del resultado de esa interacción, así como de las resoluciones de los laudos emitidos por los tribunales arbitrales, puede dar lugar a la evolución y corrección de deficiencias del marco institucional que delimita los derechos de propiedad relacionados con la IED, tal y como Geoffrey Hodgson ha sugerido (2011).

3.2.3.1. *Como institución*

En relación con la perspectiva institucional, debemos mencionar que el CIADI, al igual que el Estado, debe ser entendido como un arreglo institucional,¹⁸ es decir, como un “sistema de instituciones socialmente inmersos” (Hodgson, 2011, p. 31), el cual es encabezado, siguiendo la clasificación de Williamson, por una institución de cuarto nivel (2000, pp. 595-613),¹⁹ a

¹⁶ Como hemos mencionado en el apartado 1.2.1., del Capítulo I, Hodgson ha criticado la postura de North en relación con aspectos: por una parte, en la carencia de separación de instituciones y organizaciones, así como la ambigüedad existente en su clasificación entre instituciones formales e informales.

¹⁷ Véase, apartado 2.2.4.

¹⁸ En particular, como un “arreglo institucional” o una “red institucional”. Un estudio de este término puede consultarse en Hollingsworth, en Hollingsworth y Muller (2002). A grandes rasgos, las *redes* o *acuerdos* institucionales coordinan la actuación de los individuos o, en este caso, de las organizaciones.

¹⁹ Estas instituciones se caracterizan por desarrollar el entorno en el cual se desempeña la organización; es decir, establecen las “reglas del juego” internas. Sobre la división de las instituciones en razón del nivel, véase el apartado 1.3.2 del Capítulo I.

saber, el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (el, ya mencionado, *Convenio de Washington*).²⁰ Dicha disposición puede ser considerada como la “Constitución” del Centro,²¹ pues, como demostraremos posteriormente, contiene los lineamientos a través de los cuales deberá establecerse y funcionar, tanto de manera interna, como en relación con la administración de los procedimientos de conciliación y arbitraje.²²

Asimismo, el *Convenio* se complementa con el *Reglamento Administrativo y Financiero* (RAF) -que estudiaremos posteriormente-, ya que especifica las funciones y atribuciones de cada uno de los órganos que le componen.

Finalmente, otras instituciones que participan en el arreglo institucional son las *Reglas de Iniciación*, las *Reglas de Conciliación*, las *Reglas de Arbitraje*, así como el *Mecanismo Complementario* y sus respectivos anexos relacionados con los procedimientos administrados por el CIADI bajo dicho *Mecanismo*.

3.2.3.2. Como organización

Por lo que respecta a la concepción del CIADI como organización, debemos mencionar que, su actividad como arreglo institucional, le incorpora las siguientes características:

- a) Establecer los criterios para determinar sus límites y excluir sus miembros de los no miembros;
- b) Autonomía para determinar su organización y funcionamiento, y
- c) Capacidad para definir responsabilidades y determinar sanciones (Hodgson, 2011, pp. 31 *et seq.*).

En este sentido, su naturaleza orgánica puede concebirse como un sistema basado en las jerarquías y en la toma de decisiones que le hayan sido asignadas, dependiendo de las facultades establecidas en el marco institucional para cada una de las divisiones (Williamson, 2000, pp. 595-613). Lo anterior, se refleja en sus dos dependencias, coordinadas mediante el

²⁰ La composición del mismo será detallada posteriormente.

²¹ En relación con su naturaleza “constituyente”, el artículo 1 (1), establece lo siguiente: “(p)or el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).

²² Sobre el *Convenio de Washington*, véase el apartado 3.6.1.1.

esquema que provee el marco institucional: a) el Consejo Administrativo,²³ y b) el Secretariado.²⁴ Cada uno tiene atribuidos derechos y obligaciones específicos -traducidos en funciones y obligaciones especificadas en el marco institucional- que permiten su correcto funcionamiento.²⁵

Por ejemplo, el Consejo Administrativo desempeña diversas actividades de tipo normativo, administrativo y financiero (Artículo 6, del *Convenio de Washington*), mientras que al Secretariado del Centro (en particular, al Secretario General), también le quedan determinadas funciones, entre las que destacan: fungir como representante legal del CIADI, y encargarse de la administración del mismo (artículo 11, del *Convenio de Washington*). Sobre sus respectivas funciones nos referiremos posteriormente.²⁶

3.2.4. Razón de ser del CIADI

La justificación sobre la existencia del Centro -en particular, del mecanismo arbitral- tiene estrecha relación con los objetivos por los que fue creado, y a los cuales nos referiremos en el apartado 3.5 del presente Capítulo. En este sentido, el *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio* plantea que fue creado para proporcionar un mecanismo eficiente de solución de controversias (CIADI, 2003, p. 12), lo que se traduciría en una reducción de los costes de transacción *ex post*.

Asimismo, su creación tuvo como argumento que, su existencia, permitiría estimular el flujo de inversiones de un país a otro (*Ibidem*, p. 41), debido a que generaría un ambiente de confianza institucional para el inversionista. En otras palabras, se habría de reducir el nivel de incertidumbre y, de esta manera, se ampliaría el horizonte de inversión, así como los montos invertidos.

Otras razones que llevaron a la creación del CIADI pueden desprenderse a partir del análisis bajo el enfoque de la Nueva Economía Institucional. En efecto, siguiendo los parámetros metodológicos citados, se ha considerado que permiten: a) reducir los costes por

²³ Artículo 4-8 del *Convenio de Washington*.

²⁴ Artículo 9-11 del *Convenio de Washington*. Debemos dejar claro que, si bien en el apartado en el cual detallaremos sobre las funciones y características de cada uno de éstos, incluimos las listas de conciliadores y árbitros como parte integrante del Centro, para efectos del presente apartado consideramos adecuado prescindir de éstas.

²⁵ Cabe mencionar que, esta función, puede estudiarse a partir de la Teoría de la Agencia. Sobre ésta, véase el apartado 1.6.3, del Capítulo I.

²⁶ Véase apartado 3.6.2.

la falta de coherencia entre las instituciones nacionales e internacionales, y b) participar como árbitro en la correcta delimitación de los derechos de propiedad, por parte del Estado. En razón de que serán estudiados posteriormente con mayor detalle,²⁷ baste, por lo pronto, con enunciarlos.

3.3. El CIADI y los costes de transacción

En el Capítulo I mencionamos que los costes de transacción son aquellos que se generan por la utilización del mercado por parte de los agentes;²⁸ es decir, aquellos en los que una -o ambas- de las partes recae por:

...descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las negociaciones estipuladas, etcétera (Coase, 1994, p. 134, cursivas nuestras).

Abundando más en el tema, podemos percatarnos que este tipo de gastos comprenden los siguientes aspectos (Ayala Espino, 1999, 174):

- a) Defensa, protección y cumplimiento de los derechos de propiedad;
- b) Capacidad para excluir su utilización a otros individuos;
- c) Capacidad para intercambiarlo por otros derechos, y
- d) Posibilidad de utilizarlo y, en su caso, obtener un ingreso derivado del mismo.

Sin embargo, y por lo que respecta a su relación mecanismo arbitral del CIADI, debemos mencionar que, otro factor que ocasiona un aumento considerable en los costes de transacción relacionados con la vigilancia y protección de los derechos -y obligaciones- intercambiados a través de los acuerdos relacionados con la IED, es la complejidad que, por su propia naturaleza, poseen; ésta puede clasificarse en *complejidad material, complejidad subjetiva y complejidad institucional*.

Asimismo, al aplicar el postulado desarrollado por Oliver Williamson sobre la especificidad de activos -con el cual este autor fundamenta su estudio sobre los costes de

²⁷ Véase el apartado 3.5.

²⁸ Véase, apartado 1.4.1.

transacción en la teoría de la empresa (1989)-, podemos demostrar, con mayores argumentos, que los derechos de propiedad relacionados con la IED requerían de un mecanismo arbitral que reduzca los costes que esta situación provoca. A ambos nos referiremos en el presente apartado.

3.3.1. En razón de la complejidad de las transacciones

3.3.1.1. Complejidad material

Por lo que respecta a la *complejidad material*,²⁹ debemos mencionar, en primer lugar, que la naturaleza de las inversiones extranjeras directas ha permitido comprender, a partir de las controversias surgidas por una violación a los acuerdos sobre la inversión -en particular, la afectación a los derechos de propiedad- un elemento que les distingue del tratamiento de las simples controversias comerciales, debido a que sus consecuencias recaen, no únicamente en las partes, sino, directamente, en el interés colectivo (Rodríguez Jiménez, 2006, pp. 111 *et seq.*).

Partiendo de una visión basada en los principios de la Nueva Economía Institucional, el inadecuado tratamiento de los respectivos derechos emanados de una IED, puede generar costes sociales, expresados, en caso de que el Tribunal declare que el Estado ha incumplido el acuerdo con el inversionista (Murillo González, 2009, pp. 121-152),³⁰ en la indemnización correspondiente hacia el inversionista extranjero, debido a que, ésta, es liquidada haciendo uso de los recursos públicos; es decir, de las contribuciones fiscales que se imponen a la sociedad para el mantenimiento del Estado (Rábago Dorbecker, en Rodríguez Jiménez, 2006, pp. 165-190). Esta situación plantea la necesidad de que las controversias sean solucionadas a través de un instrumento especializado y que posea una *ventaja comparativa*, en relación con los otros existentes -arbitraje comercial y procedimiento judicial en tribunales nacionales, por ejemplo-, en razón de su especialización, respaldo internacional, así como por su posición estratégica en las relaciones económicas contemporáneas.

²⁹ Relacionado con esta complejidad, se encuentra el requisito conocido como *ratione materiae* (por razón de la materia), establecido en el artículo 25 (1) del *Convenio de Washington*.

³⁰ En particular, el tribunal arbitral revisará que el Estado no haya violado, a través de sus actos, alguno de los principios sobre el tratamiento de la IED, de los cuales hablaremos en el apartado siguiente, en particular, en el subapartado 3.4.2.

3.3.1.2. Complejidad subjetiva

Por lo que se refiere a la *complejidad subjetiva*, la participación, por un lado, del nacional de un Estado contratante del *Convenio de Washington*, y por el otro, del Estado receptor de la inversión,³¹ impide que el mecanismo de arbitraje comercial internacional, o bien el arbitraje público internacional, sean los foros adecuados para solucionar las controversias generadas por la afectación a este tipo de derechos. El primero porque, únicamente, ventila controversias derivadas del intercambio de bienes y servicios entre dos o más agentes privados;³² mientras que, el arbitraje público internacional, soluciona controversias entre dos o más Estados, es decir, con personalidad jurídica estatal (*ius standi*).

Partiendo de lo anterior, la naturaleza “transnacional” de las partes en el arbitraje de inversiones (Amerasinghe, 2003, p. 5),³³ requiere de un instrumento con características específicas -como la especialización, así como del respaldo de un organismo económico internacional, como es el del Banco Mundial- para dar un tratamiento más eficiente y equitativo a la controversia, colocándolos, de esta manera, en un mismo plano jerárquico, en relación a sus respectivos derechos y obligaciones, tanto del Estado como del inversionista extranjero.

Dicha situación fue entendida por los directores ejecutivos del Banco Mundial, al argumentar que el Centro: “...ofrece métodos internacionales de arreglo destinados a tomar en consideración las *características especiales de las diferencias* que caerían dentro del mismo, así como *las de las partes a que habrá de aplicarse*” (CIADI, 2003, p. 40, cursivas nuestras).

3.3.1.3. Complejidad institucional

Finalmente, por lo que se refiere a la complejidad institucional, debemos mencionar que, debido a que las transacciones de los agentes involucrados, relacionadas con los derechos derivados de la IED involucran, en el establecimiento de las “reglas del juego” (North, 1993,

³¹ Esta clasificación se basa en los requisitos por razón de la persona (*ratione personae*), los cuales se enuncian en el artículo 1 (2) del *Convenio de Washington*. Sobre éstos, véase Rodríguez Jiménez (2006, pp. 227-376), así como Vives Chillida (1998, pp. 102-123).

³² Sobre la noción de arbitraje comercial internacional, véase la nota 12, incluida en el apartado anterior.

³³ Según este autor, tiene carácter de controversia internacional o transnacional, toda disputa en la cual dos Estados -u organismos que le conforman- son partes, y son transnacionales cuando una disputa entre una persona privada -organización o persona física- y un Estado (Amerasinghe, 2003, p. 5).

p. 3), tanto instituciones nacionales como internacionales,³⁴ los costes de transacción derivados de la interpretación y aplicación armónica de ambos, son disminuidos por la naturaleza especializada de los árbitros que participan en el procedimiento; en otros términos, los lineamientos relacionados con la importación de capitales se encuentran establecidos, tanto en los tratados de libre comercio como en los APPRI,³⁵ así como en el marco legal propio del país.³⁶ En este sentido, el CIADI, a través de sus árbitros y demás funcionarios involucrados en una controversia, realizan un papel de “ingeniería legal”, es decir, construyen y rediseñan el marco jurídico óptimo de la IED para, de esta manera, determinar la legalidad o ilegalidad de un acto (Cortinas Peláez, 1992).

3.3.2. En razón de la especificidad de los activos

3.3.2.1. Definición y clasificación

Para comprender la relación entre el CIADI y su relación con la especificidad de activos, debemos recordar que éstos -entendidos como derechos, bienes y otros recursos controlados económicamente por la propia firma, de los cuales espera obtener una ganancia futura-³⁷ se derivan de:

...las inversiones duraderas que se realizan con el fin de llevar a cabo una transacción particular, en las cuales, si las relaciones se terminan prematuramente, el coste de oportunidad es mucho menor para los usos alternativos de esta versión (Williamson, 1989, p. 13).

En otras palabras, un activo es específico cuando, una vez adquirido por una empresa o unidad de producción, su coste de oportunidad se reduce significativamente, en relación con su poder de compra efectivo (Emeterio Martín, 2006, p. 114).

Aunado a lo anterior, los activos específicos pueden ser clasificados de la siguiente manera (Williamson, 1983, p. 526):

³⁴ Sobre la clasificación de las instituciones, véase el apartado 1.3, del Capítulo I.

³⁵ Es decir, los Principios sobre el Trato a la Inversión Extranjera Directa, Trato de Nación Más Favorecida y Nivel Mínimo de Trato, a los cuales nos referiremos posteriormente.

³⁶ En México, principalmente la *Ley de Inversión Extranjera*.

³⁷ Esta ganancia también ha sido denominada, por el propio Williamson, como *cuasirenta*.

- a) *En relación con la ubicación*: se identifica con la localización geográfica del activo; plantea que, una vez acordado e instalado un activo por los agentes, su movimiento provoca la pérdida de valor específico y la disminución de las llamadas cuasi-rentas;
- b) *En relación con los activos físicos*: este tipo de especificidad surge de las características inherentes a los propios derechos, bienes y servicios. Al utilizarlo en una actividad económica ajena a la original, disminuye su valor, así como las ganancias derivadas del mismo;
- c) *En relación con los activos humanos*: tiene un estrecho vínculo con el capital humano. Un individuo que posee ciertas habilidades en particular para el funcionamiento de la empresa, puede disminuir su productividad si es contratado para funciones distintas a las que se relacionan con sus conocimientos, y
- d) *En relación con los activos especiales o dedicados*: es la característica de una inversión que permite ser intercambiada hacia un tipo particular de agente. En caso de que no se lleve a cabo, o que se realice de manera anticipada, éste pierde parte de su valor.³⁸

3.3.2.2. *La especificidad y su relación con el CIADI*

La relación entre el CIADI y el tema de la especificidad de activos se encuentra principalmente con las primeras dos categorías, es decir, con la especificidad en relación con la *ubicación del activo* y la que se relaciona con las *características específicas* del mismo, entendido como un bien en sí mismo -según los economistas neoclásicos-, en su caso, como un derecho de propiedad -como sostienen los autores de la Nueva Economía Institucional-.

En este sentido, la actividad arbitral que ofrece el Centro complementa la decisión del inversionista para decidir sobre la estrategia de inversión que habrá de tomar, en relación con el establecimiento y organización de su empresa, en el país receptor del capital (Williamson, 1989); en otras palabras, su actividad como instrumento solucionador de controversias relacionadas con los derechos emanados de la inversión, pretende dar una mayor solidez de

³⁸ Otros autores han resaltado, tras una lectura más profunda de Williamson, que existen otros tipos de activos específicos: la especificidad temporal y la relacionada con el nombre de la marca. Véase por ejemplo, Fernández Olmos, Rosell-Martínez y Espitia-Escuer (2009, p. 30).

decisión -es decir, certidumbre- ante los posibles incumplimientos de los contratos suscritos con el país receptor del capital.³⁹

3.4. Inversión extranjera, derechos de propiedad y el CIADI

3.4.1. Los derechos de propiedad y la inversión extranjera directa

Al igual que el replanteamiento que hace sobre la noción de intercambio económico,⁴⁰ la Nueva Economía Institucional considera que las transacciones relacionadas con la IED tampoco se limitan a una mera transferencia de recursos económicos con la finalidad de producir u ofrecer bienes y servicios en el país,⁴¹ tampoco del control, administración u obligaciones que tiene una empresa en relación con su actividad productiva,⁴² sino que hace hincapié en los acuerdos institucionales relacionados con el intercambio de derechos relacionados con la misma; en particular, con el control y administración de la organización jerárquica constituida en un territorio distinto al que pertenece el agente. Veámoslo más detenidamente.

En primer lugar, debemos definir lo que, desde la perspectiva tradicional, se ha tenido como IED. Al respecto, Krugman y Obstfel la describen como “...los flujos internacionales de capital en los que una empresa de un país crea o amplía una filial en otro país” (1994, p. 188); de manera más detallada, puede entenderse como la importación de activos -derechos, bienes, servicios y otros recursos económicos-⁴³ que tienen como destino un país distinto al del inversionista, con el objeto de adquirir bienes de capital, tierras -es decir, la adquisición de los factores clásicos de producción-, o bien, transferir mecanismos tecnológicos, con el objetivo de consolidar el control directo sobre la propia firma y, en consecuencia, decidir qué, cómo y para quién producir (Salvatore, 2005, p. 396).

Ahora bien, en relación con los derechos de propiedad y su relación con la importación de capitales, debemos recordar que, a diferencia de la Economía Neoclásica, la

³⁹ Recordemos que, en el Capítulo I mencionamos que, una de las críticas que realiza la Nueva Economía Institucional a la Economía Neoclásica, es la relacionada con la situación de incertidumbre de los agentes económicos, misma que surge debido a la insuficiencia de información que poseen en el momento de tomar sus respectivas decisiones. Al respecto, véase el apartado 1.6.3.

⁴⁰ Recordemos que, según el enfoque neoinstitucional, lo que se intercambia no son los bienes y servicios en sí, sino los derechos que permiten su utilización.

⁴¹ Esta es la definición que proporciona el artículo 2, fr. II, de la *Ley de Inversión extranjera*.

⁴² De esta manera se conceptualiza en el artículo Art. 1139 del TLCAN.

⁴³ Esta idea puede complementarse con lo expuesto en el apartado 3.3.2., cuando explicamos la relación del CIADI y los costes de transacción.

Nueva Economía Institucional argumenta que las transacciones son, en cierta medida, equivalentes a los acuerdos relacionados con el derecho para usar el factor de producción negociado. Por ello, los entiende como la potestad que tiene el agente para disponer de un bien, y cuya limitante se encuentra establecida por el Estado, a través de sus respectivos poderes facultados para ello (Alchian y Demsetz, 1973, p. 3).⁴⁴

Esta idea, dijimos, fue planteada por el propio fundador de este enfoque, Ronald Coase. Al respecto, cabe recordar que, en *El problema del coste social*, escribió lo que, a su modo de ver, constituye el intercambio económico (1994, p. 163):

Éste (el factor de producción) suele considerarse como una *entidad física* que el empresario adquiere y usa (un acre de tierra, una tonelada de fertilizantes), en lugar de considerarlo como un *derecho* a realizar ciertas acciones físicas. Podemos hablar de una persona que posee un terreno y lo utiliza como un factor de producción, pero lo que posee en realidad es el *derecho de realizar* una lista definida de acciones.

Los dos tipos de definiciones plantean dos perspectivas distintas. Por una parte, resalta la de naturaleza neoclásica-keynesiana, que hace hincapié en el intercambio de activos de un Estado a otro; mientras que, desde el enfoque neoinstitucional, destaca el predominio de la negociación para la adquisición de un cúmulo de derechos para hacer, usar y disponer de los activos.

De lo anterior, podemos percatarnos que, además de la transferencia de capitales para la creación o participación en una empresa bajo los criterios metodológicos de la Nueva Economía Institucional, la IED debe entenderse como el proceso mediante el cual el agente privado (empresa o persona física), formaliza, a través de un acuerdo con el Estado receptor del capital, la adquisición de un determinado porcentaje y diversos tipos de derechos relacionados con una o más actividades económicas específicas en el territorio nacional, con el objeto de generar, de acuerdo a las “reglas del juego” -nacionales e internacionales- adoptadas por el propio Estado para cada sector económico, las decisiones de producción respectivas que permitan generarle las mayores ganancias o beneficios marginales posibles.

⁴⁴ Véase el apartado 1.7.1., del Capítulo I.

3.4.2. Principios para la asignación de los derechos de propiedad

La definición anterior nos abre un panorama más amplio y acorde con el intercambio económico, para estudiar el fenómeno de la IED bajo los criterios de la Nueva Economía Institucional, y vincularlo con la actividad del CIADI como reductor de los costes de transacción *ex post*, así como con su función como mecanismo institucional de reasignación y limitador de los derechos de propiedad.

En este sentido, y si recordamos que los derechos de propiedad están sujetos a modalidades para evitar un uso que puedan generar externalidades o costes sociales a terceros ajenos a la negociación (Coase, 1994, p. 122),⁴⁵ debemos mencionar que, estos principios, tienen estrecha relación con la actividad del CIADI debido a que, como veremos posteriormente, dicha organización tiene como, uno de los múltiples objetos, complementar el marco institucional en lo relacionado con la delimitación de este tipo de derechos de propiedad bajo estos criterios.⁴⁶ Por ello, a continuación exploraremos, tanto los contenidos en el marco institucional nacional, como en el formalizado por la comunidad internacional.

3.4.2.1. Según el marco institucional nacional

En primer lugar, debemos mencionar que los derechos de propiedad -incluidos, por supuesto, los relacionados con la IED- tienen como criterio para su limitación, no sólo el interés privado, sino el interés social o colectivo. Lo anterior se traduce, en el caso mexicano, en los preceptos constitucionales conocidos como “interés social”, y la noción de legalidad basada en el “orden público”.

Por lo que se refiere al primer concepto, incluye “...aquellos aspectos relacionados con las necesidades generales de la sociedad y que el Estado protege de manera directa y permanente, por lo que si una situación específica afecta o beneficia a la colectividad, existe interés social...” (Ayala Espino, 1999, pp. 69). En otras palabras, es entendido como el proceso de armonización de los intereses comunitarios con los del agente particular o

⁴⁵ Véase el apartado 1.7.3, del Capítulo I.

⁴⁶ Véase, sobre este punto, el apartado 3.5.

individual, para generar una frontera de posibilidades de producción acorde con las necesidades de la comunidad.⁴⁷

Por otra parte, por lo que respecta al concepto de “orden público”, tiene estrecha relación con el marco institucional, en particular, el formal o jurídico. Así, puede entenderse como el sistema de leyes y reglamentos “...que se emiten para regular aspectos en que se ve interesado el Estado, como puede ser su actuación pública o la regulación de alguna rama social de trascendencia en el desarrollo de la sociedad y en la cual ésta se ve interesada en su aplicación...”. (Tesis No. I.14o.C.24 C).

Lo anterior se traduce en que las necesidades de los grupos colectivos -el “interés social”- se encuentran incluidas en el marco institucional y legal del Estado receptor del capital. En el caso de México, queda establecido, en primer lugar, en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y se va diversificando -y especificando- en las leyes secundarias y reglamentarias que regulan los sectores relacionados con los derechos de la IED, es decir, en lo que Williamson ha denominado como instituciones de segundo nivel (2000, pp. 596-598).⁴⁸

Son diversos, y de distintos tipos, los principios que los tribunales toman en consideración para la fundamentación de sus resoluciones relacionadas con los derechos de propiedad; sin embargo, todos ellos quedan reunidos en el llamado principio de legalidad, lo que equivale a la sujeción de los actos de las autoridades públicas -y de los realizados por los inversionistas extranjeros, respecto a sus inversiones- a las determinaciones establecidas en las leyes que regulan las actividades y sectores respectivos (Guastini, 2001, 117 *et seq.*).⁴⁹

Así, por lo que respecta las reglas nacionales, el CIADI debe tomar en consideración, para la solución de las controversias, el contenido del sistema jurídico nacional que se encuentra involucrado en la controversia; por ejemplo, en algunos casos en los que ha participado nuestro país, han tomado en consideración los siguientes: “principio de igualdad ante la ley”, “principio de libertad económica”, “principio de seguridad jurídica”, “principio

⁴⁷ Sobre la función del marco institucional para coordinar el interés privado y el colectivo, véase el apartado 1.4.5., en particular, la parte final. Asimismo, una reflexión en torno al caso mexicano, puede verse en el Capítulo IV, apartado 4.5.2.1.

⁴⁸ Sobre la clasificación de las instituciones, basada en la jerarquía, véase el apartado 1.3.2., del Capítulo I.

⁴⁹ En el apartado siguiente, veremos que, este principio, se encuentra estrechamente relacionado con la función jurisdiccional; sobre todo en relación con los actos estatales que perjudican el uso de los derechos de propiedad relacionados con la IED.

de irretroactividad de la ley” y “principio de respecto a la propiedad privada” (Carbonell, 2004).

Cabe destacar que, los anteriores principios, también han sido resultado de un proceso de creación histórico-evolutiva del marco institucional,⁵⁰ el cual surgió a través de la interacción reiterada y que se conocen como “Principios Generales del Derecho”, actualmente formalizados en diversos artículos constitucionales; por ejemplo, el 14, que establece los lineamientos para la persecución de los delitos (Preciado Hernández, 2008).

Por otra parte, existen dos criterios que nos resultan de especial interés para entender los derechos de la IED y su relación con la actividad arbitral del CIADI: en primer lugar, el principio que establece que la propiedad originaria de las tierras corresponde a la nación,⁵¹ y, en segundo, el que enuncia la facultad estatal de expropiar, por causas de utilidad pública y mediante indemnización (art. 27 de la CPEUM).

Lo anterior se traduce en lo siguiente: la relación del CIADI con los derechos de propiedad relacionados con la IED parte de que, por una parte, determina que la actividad del Estado haya sido apegada a los principios legales establecidos en las disposiciones nacionales (es decir, que se sujete al principio de legalidad), y, por otra, que las medidas tendientes a expropiar los derechos de dominio de dicha inversión, sean conforme a los criterios de utilidad pública y adecuada indemnización.⁵² En el Capítulo siguiente revisaremos con mayor detenimiento estos aspectos.

3.4.2.2. Según el marco institucional internacional

De igual o mayor importancia que los preceptos nacionales, son las “reglas del juego” establecidas en el orden institucional que regula la IED, acordadas a nivel internacional; orden que es, como veremos en el Capítulo siguiente,⁵³ ampliamente tomado en consideración por los tribunales arbitrales del CIADI para la solución de las controversias

⁵⁰ Los mecanismos de creación institucional pueden estudiarse en el apartado 1.2.2. del Capítulo I.

⁵¹ De manera textual, el párrafo establece lo siguiente: “(l)a propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

⁵² Como veremos en el Capítulo siguiente, en todos los procedimientos arbitrales se ha reclamado, como causa de la demanda, la expropiación indirecta, a la cual brevemente nos hemos referido en el Capítulo II (véase el apartado 2.4.5.2, relacionado con la discrecionalidad del Estado), y de la cual hablaremos, con mayor detalle, en este mismo apartado (3.4.3.2.). Al respecto, pueden contemplarse las causales que fueron establecidas en el caso *Metalclad vs. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1).

⁵³ Véase el apartado 4.4.

relacionadas con los derechos de propiedad de la IED. En efecto, estos criterios, resultado, como los anteriores, de un proceso de formulación “histórico-evolutivo” a partir de prácticas reiteradas de los agentes económicos (North, 1990),⁵⁴ son elementos fundamentales en la negociación de los acuerdos relacionados con la transferencia de derechos y obligaciones en materia de importación de capitales fijos. Por ello, bien pueden considerarse, parafraseando a García Máynez, como los “principios generales del derecho” en de la IED (2005, pp. 374-378).

Los estudiosos han elaborado múltiples categorías para estudiar los principios que vigilan el tratamiento a la IED.⁵⁵ Sin embargo, consideramos que pueden agruparse en tres: principio de “Trato Nacional”, principio de “Nación Más Favorecida”, y principio de “Nivel Mínimo de Trato”. A continuación los estudiaremos detalladamente.

3.4.2.2.1. Principio de Trato Nacional

El principio de “Trato Nacional”, considerado como uno de los pilares del sistema comercial internacional (Rábago Dorbecker, 2004, p. 255), ha cobrado gran relevancia en la delimitación de los derechos de propiedad relacionados con la IED, por parte de los tribunales del CIADI. Este principio, siguiendo lo estipulado en el TLCAN, obliga al Estado a otorgar a los inversionistas extranjeros -y a sus respectivas inversiones- un trato *no menos favorable* que el que dé, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas -y a sus respectivas inversiones-, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones (Art. 1102 del TLCAN). Ahora bien, desde una perspectiva basada en la Nueva Economía Institucional, se traduce en que, con respecto a los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros sobre sus activos, el Estado receptor del capital debe actuar de la misma manera en que se conduce con sus nacionales, con respecto a cualquier posible afectación de sus inversiones. Esta disposición presenta dos modalidades: por una parte, genera una naturaleza *limitativa*, ya que dispone no otorgar beneficios más allá de los que se otorgan a los nacionales; y, por otra, de

⁵⁴ Un ejemplo es el llamado el “Trato de Nación más Favorecida” (NMF). Sobre su evolución y formalización en los primeros tratados internacionales, véase Díaz de la Serna (2008).

⁵⁵ Por ejemplo: “Trato Justo y Equitativo”, Principio de Transparencia, “Requisitos de Desempeño”, “Indemnización en Caso de Pérdidas” y “Principio de Promoción de las Inversiones”.

naturaleza *expansiva*, ya que busca proporcionar las mismas “reglas del juego” que el Estado da a los nacionales (González de Cossío, 2009, pp. 120 y 121).

El argumento sobre la violación a este Principio ha sido ampliamente utilizado para iniciar procedimientos arbitrales -tanto dentro como fuera del CIADI- a lo largo del mundo, ya que los perjuicios derivados de una actuación arbitraria por parte de los órganos gubernamentales -consecuencia, a su vez, de la ineficiencia del marco institucional-⁵⁶ han sido consideradas como discriminatorias. Tenemos, como ejemplo, el caso *Occidental Exploration and Production Co. v. The Republic of Ecuador* (LCIA Case No. UN3467), que versó sobre el trato desigual que recibieron los inversionistas extranjeros en torno a la restitución de impuestos a la exportación en el sector petrolero (Herdegen, 2012, pp. 403 y 404); asimismo, el procedimiento conocido como *Roy Fieldman Karpa Vs. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1), y del cual hablaremos en el Capítulo IV, tuvo como sustento la contraposición a este Principio.

3.4.2.2.2. Principio de Nación más Favorecida

Al igual que el de Trato Nacional, este principio es considerado un pilar fundamental de los derechos involucrados con el sistema comercial internacional (Rábago Dorbecker, 2004, p. 255) y, por supuesto, con el sistema de protección de derechos relacionados con la IED. Se ha definido como la obligación del Estado de proporcionar, tanto al inversionista como a su inversión, un trato *no menos favorable* que el que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas -y a sus inversiones- de cualquier otro Estado, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de activos (Art. 1103 del TLCAN).⁵⁷

Como podemos observar, el principio de Nación más Favorecida no es sino una variante de la obligación, por parte del Estado receptor del capital, de *no discriminar* a los inversionistas de un país, con respecto a los inversionistas de otros países; en particular, en el otorgamiento de beneficios que ofrezca a otros países con quienes tenga acuerdos. Y es

⁵⁶ Véase el apartado 2.4.5. del Capítulo II.

⁵⁷ Si bien, en términos generales, la definición propuesta es la más aceptada, lo cierto es que la extensión de la cláusula que incluye el Principio de NMF, tiene ciertas restricciones. Por ejemplo, y en materia de IED, un Estado podrá dejar de incluirla cuando el objeto del “acuerdo base” no sea idéntico, o bien, que los derechos y obligaciones, con el otro Estado, se encuentren distribuidos de manera simétrica (Herdegen, 2012, pp. 404 y 405).

que, mientras que aquél se limita a los nacionales, éste hace hincapié en el tratamiento equitativo con respecto a otros Estados, lo que ha permitido argumentar que, el principio de “Nación Más Favorecida”, es una extensión del principio de “Trato Nacional” (González de Cossío, 2009, pp. 171 *et seq.*).

3.4.2.2.3. Principio de Nivel Mínimo de Trato

El principio de “Nivel Mínimo de Trato” hace referencia a la obligación, por parte del Estado, a dar, tanto al inversionista como a los derechos relacionados con sus capitales invertidos, un “...trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas” (Art. 1105 del TLCAN).⁵⁸ Lo anterior se traduce en el deber, por parte del país receptor del capital, de actuar conforme a las “reglas del juego” surgidas a través de la costumbre -instituciones informales- que permitan una disposición eficiente, por parte del inversionista, de los activos relacionados con su inversión.

Cabe mencionar que, como se estableció en una nota interpretativa surgida a partir de un procedimiento arbitral en el que nuestro país formó parte (*Tecmed S.A. v. Mexican Unites States*, ICSID, (ARB (AF)/00/2),⁵⁹ se estableció, de manera expresa, que “...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”. Lo anterior resalta la obligación, por parte del Estado, de actuar conforme al marco institucional establecido, so riesgo de que dicha acción sea declarada como arbitraria y, en consecuencia, ilegal (Herdegen, 2012, pp. 398).⁶⁰

3.4.3. La expropiación y los derechos de propiedad

Como enunciamos en el Capítulo I, y reafirmamos en reiteradas ocasiones, la Nueva Economía Institucional plantea que, tomando en consideración los intereses privados y colectivos, los agentes económicos no pueden disponer de los derechos de propiedad de

⁵⁸ Este mismo precepto hace mención a que, los Estados, se obligan a dar un trato no discriminatorio en relación con las pérdidas que, por conflictos armados o contiendas civiles, sufran tanto los inversionistas, como sus respectivos derechos adquiridos.

⁵⁹ Como veremos en el siguiente Capítulo, el caso versó sobre una revocación de una autorización para la operación de un confinamiento de residuos tóxicos en Hermosillo, Sonora. Este procedimiento fue iniciado bajo el argumento de que hubo una violación a este principio.

⁶⁰ Como dijimos en el Capítulo II, el comportamiento arbitrario es resultado de un marco institucional eficiente. Al respecto, véase el apartado 2.4.5.

manera total o plena, debido que podrían ocasionar perjuicios a terceros, es decir, externalidades negativas (Coase, 1994, p. 122). Asimismo, también hemos mencionado que, el llamado “orden público” y el “interés social” -e, incluso, la seguridad nacional-, han sido criterios importantes con los cuales se han determinado las modalidades que pueden afectar el uso de los activos.⁶¹

Lo anterior no sólo aplica para los derechos de propiedad de inversionistas nacionales, sino, por supuesto, a los que pertenecen a inversionistas extranjeros, principalmente, en lo que respecta a los actos de expropiación estatal. Por tal razón, es conveniente conocer su naturaleza, sus efectos, y su relación con la actividad arbitral del CIADI.

3.4.3.1. Definición

En términos teóricos, la expropiación se puede definir como un acto, por parte del Estado, o a través de sus dependencias, que recae en la transferencia obligatoria de los derechos de propiedad de un bien, argumentando razones de “orden público”, o bien, de “utilidad pública” (Faya Rodríguez, en Rodríguez y Wöss, 2013, p. 220). Esta concepción se ve fortalecida con la propia actividad jurisdiccional.

En efecto, un tribunal arbitral llevado lo definió como la *toma (taking)*, por parte de una autoridad gubernamental, de la propiedad privada de una persona, con el objetivo de transferir la propiedad a otra, generalmente utilizando su poder legal o fáctico para dicho acto (*S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. UNCITRAL Arb., Doc. 742416:01, p. 60).

Sin embargo, esta definición plantea una visión incompleta. Como lo argumenta la propia práctica arbitral ejercida por el CIADI, su naturaleza comprende un enfoque más amplio. Prueba de ello se encuentra en la siguiente definición, propuesta por el tribunal en el caso *Compañía de Desarrollo Santa Elena Vs. Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1). Al respecto, sugirió que:

Una propiedad ha sido expropiada cuando el efecto de la medidas adoptadas por el Estado ha sido de privar al dueño de la propiedad, la posesión o el acceso a los beneficios económicos y el uso de su propiedad (*Ibidem*, p. 174).

⁶¹ Véase el apartado 1.7.3., del Capítulo I.

Lo anterior nos permite demostrar que existen dos tipos de expropiación que afectan la capacidad para disponer de los derechos de propiedad derivados de la IED. Por una parte, la expropiación tradicional, también llamada *expropiación directa*, y, por otra, una de naturaleza fáctica, conocida como *expropiación indirecta*.⁶² A continuación los estudiaremos brevemente.

3.4.3.2. Tipos de expropiación

3.4.3.2.1. Expropiación directa

La *expropiación directa* se caracteriza por la adquisición de los bienes patrimoniales mediante un acto de autoridad; ésta, por lo tanto, es equivalente a la expropiación tradicional o propiamente dicha.

Con respecto a su definición, se ha escrito que es un acto mediante el cual el Estado impone una transferencia legal de los derechos de propiedad de un bien, cuando los mismos son necesarios para la actividad pública del mismo (Acosta Romero, 1993, p. 578); dicho acto es realizado apelando al principio, internacionalmente aceptado, de autodeterminación, o de soberanía nacional del país (Herdegen, 2012, p. 358). Asimismo, se argumentan razones, como hemos planteado, de “orden público” e “interés social”.

Ahora bien, en relación con la de naturaleza indirecta, es la que ha generado mayores controversias, tanto en su comprensión, como en su invocación, por parte de los demandantes, así como en el tratamiento que le otorgan los tribunales organizados bajo el marco institucional del CIADI. Por lo anterior, es preciso prestarle mayor atención.

3.4.3.2.2. Expropiación indirecta

La *expropiación indirecta* no ha sido plenamente definida. Sin embargo, por su propia naturaleza, así por las repercusiones que tiene en la plena disposición de los derechos de propiedad y demás activos por parte de la empresa o del inversionista extranjero, también ha sido denominada “expropiación *de facto*”, “expropiación furtiva”, “medidas equivalentes a expropiación” y “expropiación progresiva”, por mencionar algunos (Weston, 1976).

⁶² En algunas ocasiones se ha hablado de otra: expropiación progresiva. Por ejemplo, en *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, la cual busca “...lograr el mismo resultado [que el de una confiscación propiamente dicha] por medio de medidas fiscales y regulatorias concebidas con el fin de que la ejecución permanente de un proyecto resulte antieconómica y sea abandonado” (ARB (AF)/99/1, p. 43).

Al respecto, se ha escrito que comprende una situación en la cual, un inversionista, conserva los derechos de propiedad, pero con una limitación para tener su plena disposición, sea mediante modificaciones al marco institucional regulatorio, o bien, mediante otros actos administrativos (Páez, 2006, p. 6); asimismo, como una medida en la que el Estado interfiere en la disposición efectiva de los activos del inversionista -por ejemplo, mediante la imposición de directivos nacionales para controlar la empresa- para utilizarlos de manera económicamente óptima (*S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. UNCITRAL Arb., Doc. 742416:01, p. 62). El concepto anterior queda fortalecido con lo que dictó el tribunal arbitral, en el caso *Metalclad v. United Mexican States*:

...la expropiación en el TLCAN incluye... una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad... (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, p. 30).

Como podemos apreciar de lo escrito, la *expropiación indirecta* se caracteriza por socavar la capacidad de disposición, lo que conlleva, a su vez, a dejar los derechos de propiedad como un mero “caparazón formal” (Herdegen, 2012, p. 360), es decir, sin posibilidad de ser utilizados dentro de las opciones que la frontera de posibilidades de producción lo permiten.

Ahora bien, en relación con la determinación de dicha afectación, se ha argumentado que existen dos etapas. Por lo que se refiere a la primera, se debe tomar en consideración el *impacto económico* que dicha medida o acto administrativo tienen en la inversión, lo que se traduce -o debe traducirse- en la pérdida de valor o pérdida de control por parte del inversionista (Faya Rodríguez, en Rogríguez y Wöss, 2013, p. 227),⁶³ mientras que, por lo que respecta al segundo punto, tiene correspondencia con la naturaleza y la intención de la medida, es decir, con el grado en que afecta la disponibilidad de utilización de los derechos, así como la legitimidad de la misma (*Ibidem*, p. 236-240).

⁶³ Sobre estos criterios, véase el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A* (ICSID Case No. ARB/97/3) y *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1).

3.4.3.3. *Derechos de propiedad y el CIADI*

A partir de lo escrito, es claro que, desde un planteamiento desarrollado mediante los postulados de la Nueva Economía Institucional, cualquier modalidad impuesta a los derechos de propiedad en materia de IED -sea mediante una expropiación *directa* o *indirecta*- afecta la probable utilización que pretende darles el inversionista para incrementar sus ganancias. De manera más específica, la afectación se ve reflejada en la pérdida del valor original por el que fueron adquiridos; ya que, como expusimos anteriormente,⁶⁴ cualquier cambio generado en el marco institucional puede provocar serias distorsiones del valor de los activos (Emeterio Martín, 2006, p. 114), principalmente en aquellos que lo adquieren por su ubicación, o bien, por su naturaleza intrínseca.⁶⁵

Lo anterior ha sido puesto en evidencia en diversos procedimientos arbitrales llevados a cabo mediante los mecanismos arbitrales del CIADI. Por ejemplo, en el caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1),⁶⁶ e incluso, en relación con los laudos arbitrales de nuestro país, en el caso *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1), así como en *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2). A estos últimos nos referiremos en el Capítulo siguiente.⁶⁷

De lo anterior, podemos percatarnos que el CIADI se relaciona con el intercambio de capitales -así como con los derechos de propiedad relacionados con el mismo- debido a que buscan determinar la correcta actuación de los agentes, en particular, del Estado. Este aspecto tiene estrecha relación con los tres objetivos que, a partir del razonamiento basado en los supuestos de la Nueva Economía Institucional, podemos generar: a) como mecanismo coordinador de diseño institucional; b) como árbitro de la legalidad de la actividad estatal, es decir, apegada a las “reglas del juego” acordadas en el contrato, y c) como mecanismo delimitador de los derechos de propiedad. Esta reflexión lleva a introducirnos en los objetivos principales del CIADI, a los cuales nos referiremos a continuación.

⁶⁴ Véase el apartado 3.3.2.

⁶⁵ Sobre las características y clasificación de los activos, véase el apartado 3.3.2.1.

⁶⁶ El procedimiento inició por una demanda contra Argentina, por parte de tres empresas distribuidoras de gas (Distribuidora de Gas del Centro S.A., Gas Natural BAN S.A. y Distribuidora de Gas Cuyana S.A.), debido a que, las medidas para el control de retiros bancarios adoptadas por el gobierno argentino, a través de la llamada “Ley del Corralito” (promulgada en diciembre de 2001), fueron consideradas como “medidas equivalentes a expropiación”; es decir, como Expropiación Indirecta.

⁶⁷ Véase el apartado 4.2.2.

3.5. Objetivos del CIADI, según la Nueva Economía Institucional

El *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio* ha determinado, fundamentalmente, dos funciones u objetivos primordiales que el Centro, a través de sus procedimientos de conciliación y arbitraje, debe satisfacer para coordinar las relaciones económicas y jurídicas relacionadas con la IED (CIADI, 2003): a) la proporción de un mecanismo eficaz de solución de controversias,⁶⁸ y b) el estímulo para un mayor flujo de inversiones.⁶⁹

Sin embargo, con base en los elementos que hemos expuesto a lo largo de los capítulos anteriores, podemos concluir que, al aplicar la metodología propuesta por la Nueva Economía Institucional, el arbitraje de inversiones administrado por el CIADI pretende, al igual que la propia actividad jurisdiccional ofrecida por el Estado a través de sus tribunales,⁷⁰ la solución de las controversias en materia de inversión y, en consecuencia, una disminución de los costes de transacción generadas por el incumplimiento de un contrato relacionado con la IED, es decir, para la prevención de los llamados costes *ex post* (Williamson, 1989, p. 31). De manera más específica, podemos encontrar los siguientes objetivos: a) Coordinador del diseño del marco institucional, y b) delimitador de los derechos de propiedad. A continuación los expondremos brevemente.

3.5.1. Coordinador del diseño del marco institucional

En relación con la creación y reforma del marco institucional de un país, tanto el CIADI, como la mayoría de las organizaciones internacionales (Organización Mundial de Comercio, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, por ejemplo), desarrollan un papel como canalizadoras de las tendencias de la evolución institucional que regulan el intercambio económico (Roemer, 1994, p. 50), en particular, el fenómeno de la IED.

⁶⁸ En el *Convenio de Washington*, se ha establecido lo siguiente: "...tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio" (CIADI, 2003, p. 12).

⁶⁹ Este objetivo ha quedado establecido en el *Informe de los Directores...*, de la siguiente forma: "(l)a creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, *estimular el libre flujo de capital privado internacional* hacia los países que desean atraerlo" (cursivas nuestras) (CIADI, 2003, p. 41).

⁷⁰ Sobre esta actividad, véase el apartado 2.3.2, del Capítulo II.

En este sentido, en las decisiones de los tribunales se exponen los lineamientos internacionales de los cuales carece el marco institucional nacional, o bien, queda de manifiesto la falta de armonización entre las instituciones nacionales, y las reglas del juego internacionales, creadas a partir del de la interacción entre los arreglos de mercado y los arreglos legales o formales. De igual manera, a través de dichas decisiones quedan en evidencia los costes que, debido a la falta de coherencia entre las instituciones de movimiento rápido, y las de movimiento lento (Roland, 2004, pp. 109-131),⁷¹ puede generarse en el crecimiento económico.

Derivado de lo anterior, podemos percatarnos que el CIADI pretende colaborar con la determinación de la vía del cambio institucional, tal como la describe Douglas North (1984 y 1993). Lo anterior, con dos finalidades: a) generación de incentivos para el aumento del crecimiento económico, y b) la correcta asignación de los recursos entre los diversos agentes y sectores de la sociedad.

3.5.2. Como delimitador de los derechos de propiedad

Para entender esta actividad del CIADI debemos retomar nuevamente la teoría neoinstitucional sobre los derechos de propiedad.⁷² En este sentido, es preciso reiterar que, a diferencia de la perspectiva de la Economía Neoclásica, desde el enfoque de la Nueva Economía Institucional -comenzando por los estudios de Ronald Coase- el intercambio económico, no significa, en realidad, la transacción del propio objeto en sí -bien o servicio-, sino de los derechos involucrados en el mismo (1994, p. 163).

En otras palabras, la Nueva Economía Institucional plantea que “...la cuestión económica se transforma, por tanto en el estudio de cómo los derechos de propiedad se definen e intercambian y en qué términos” (Furubotn y Pejovich, 1979, p. 1139). Estos derechos de propiedad son formalizados, fundamentalmente, mediante leyes y otras disposiciones legales en razón de que, por esa característica, existe mayor certidumbre sobre sus alcances y límites, así como de la posición -es decir, la ampliación y restricción- que tiene

⁷¹ Sobre el conflicto que genera la ineficiencia del marco institucional formal, véase el apartado 2.4.1, del Capítulo II. Ahora bien, cabe recordar que las “instituciones de movimiento lento”, comprenden: la cultura, valores, tradiciones; mientras que las “instituciones de movimiento rápido”, incluyen: las leyes, los reglamentos y las organizaciones.

⁷² El tema de los derechos de propiedad fue tratado en el apartado 1.7. del Capítulo I.

cada individuo en relación con la utilización de los recursos escasos (Pejovich, 1985, p. 20).⁷³

Por otra parte, también debemos recordar que, otra de las funciones del Estado, según la óptica de la Nueva Economía Institucional,⁷⁴ es la vigilancia del cumplimiento de las instituciones jurídicas que éste ha creado, función que realiza a través del poder judicial, en particular, mediante de los tribunales, de acuerdo con sus respectivas competencias o materias. Esta actividad tiene por objetivo, como explicamos en un apartado anterior, la reducción de los costes de transacción ocasionados por el intercambio económico; de manera más específica, de los llamados costes *ex post* (Williamson, 1989, p. 31).

Por otra parte, y aunado a lo anterior, debemos mencionar que los Tribunales, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, deben cumplir con otros tres objetivos adicionales (San Emeterio Martín, 2006, p. 60):

- a) Generar de incentivos, para la realización óptima del intercambio;
- b) Mantener el valor específico de los derechos de propiedad, y
- c) Proteger y redistribuir los derechos involucrados en el intercambio, respetando las modalidades y principios establecidos en el marco institucional.

Lo anterior, puede resumirse en que la actividad de los organismos jurisdiccionales -y, con ello, la propia función de los constituidos bajo el marco institucional del CIADI- es la de delimitar los derechos de propiedad; en otras palabras, de establecer correctamente sus alcances y limitaciones para ser utilizados de la mejor manera posible.

Así, mediante esta actividad, sugieren qué puede y qué no puede hacerse, -e, incluso cómo debe hacerse- en relación con los derechos de propiedad relacionados, por ejemplo, con la IED. Lo anterior, complementa la función el sistema jurídico nacional -o, incluso, los lineamientos del propio tratado internacional- para especificar las posibles externalidades, tanto positivas como negativas, y aumentar, hasta donde sea posible, la frontera de

⁷³ Para complementar esta idea, véase el apartado 1.7.4., del Capítulo I; de igual manera, el apartado 2.3.1, del Capítulo II.

⁷⁴ Véase el apartado 2.3.2. del Capítulo II.

posibilidades de producción, con base en los criterios de asignación establecidos por el mercado y el marco institucional.⁷⁵

3.6. Marco institucional y estructura del CIADI

3.6.1. Marco Institucional

3.6.1.1. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

3.6.1.1.1. Origen

El *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, llamado generalmente *Convenio de Washington* (Álvarez Ávila, 2002, p. 211), entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (art. 68 del Convenio de Washington), momento en el que se reunieron los requisitos formales para ello;⁷⁶ y fue elaborado mediante la solicitud de la Junta de Gobernadores, del Banco Mundial, a los Directores Ejecutivos del mismo (CIADI, 2003, p. 39).

Su redacción se hizo en dos etapas. En la primera, se discutió sobre la conveniencia de crear un medio de solución de controversias que dirimiera aquellas, de *naturaleza jurídica*, entre un Estado y un inversionista extranjero, en materia de inversiones (*Ídem*). En estos debates, juristas de ochenta y seis países, expresaron sus respectivas opiniones, quienes se reunieron en diversos lugares para tal efecto.⁷⁷ En la segunda, los Directores del Banco, asesorados por un Comité Legal integrado con los representantes de los países miembros, diseñaron, discutieron y crearon el “Proyecto del Convenio” en las sesiones celebradas del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964, en Washington (*Ibidem*, p. 39).

Finalmente, el documento resultante fue suscrito el 18 de marzo de 1965, por los Gobernadores del Banco Mundial. Hasta enero de 2016, ciento sesenta Estados han firmado y/o ratificado el *Convenio de Washington*, lo que les obliga a observar cada una de sus disposiciones en los acuerdos sobre inversiones.

⁷⁵ Sobre el aumento la producción, ocasionado por el marco institucional, véase el apartado 2.2.5., inciso c), del Capítulo II.

⁷⁶ Se determinó que entraba “...en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación”.

⁷⁷ Según el *Informe...*, las reuniones se llevaron a cabo en Addis-Abeba, Etiopía (diciembre 16 al 20 de 1963), Santiago de Chile, Chile (febrero 3 al 7 de 1964), Ginebra, Suiza (febrero 17 al 21 de 1964) y Bangkok, Tailandia (abril 27 a mayo 1 de 1964).

3.6.1.1.2. Naturaleza

Si partimos de que el *Convenio de Washington* es una institución que formaliza las prácticas sociales reiteradas, así como las que se reflejan a través de relaciones contractuales o jerárquicas (Williamson, 1989, p. 13), y si consideramos que es un conjunto de reglas que articula y organiza las relaciones económicas -en particular, las vinculadas con las transacciones de los derechos emanados de la IED- entre un individuo y un determinado grupo u organización social (Ayala Espino, 1999, p. 62 y 63),⁷⁸ podemos percatarnos que posee tres atributos inherentes o propios, uno de carácter orgánico, otro de tipo procesal y otro de naturaleza político-jurisdiccional.

En relación con su aspecto orgánico, posee las características propias de una institución clasificada, en el Capítulo I, como de “segundo nivel” (Williamson, 2000, pp. 596-598),⁷⁹ en particular, con las de una Constitución. En efecto, es un documento que, en primer lugar, refleja el consenso de los países que le dieron origen, y de aquellos que lo han suscrito, y, en segundo, contiene los lineamientos orgánicos y administrativos del Centro.

En relación con su atributo o elemento procesal, el *Convenio de Washington* establece los lineamientos que deben observarse para la organización y administración del sistema procesal de conciliación y arbitraje (Broches, 1994, p. 241), incluyendo las bases de los reglamentos respectivos. En otras palabras, determina los principios procesales sobre la Conciliación y Arbitraje (Reuter, 1969, p. 4).⁸⁰

Finalmente, por lo que se refiere al elemento político-jurisdiccional, es claro que el *Convenio de Washington* determina, aunque de manera indirecta, una restricción a las actividades propias del Estado.⁸¹ De manera más específica, funciona como un mecanismo de control de actos arbitrarios a que pueda dar lugar, sean legislativos, administrativos o judiciales. Y es que, como enunciamos en el Capítulo II, esta restricción, junto con la creciente actividad y el aumento de la interdependencia de los mercados -e, incluso, debido

⁷⁸ Para complementar esta relación con la definición de instituciones, véase el apartado 1.2.1, del Capítulo I.

⁷⁹ Sobre la clasificación de las instituciones por su jerarquía, véase el apartado 1.3.2.

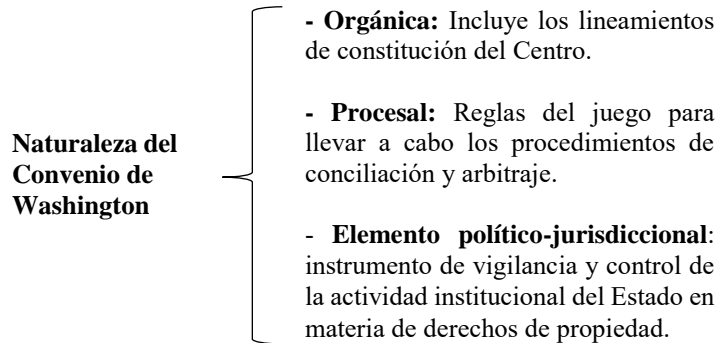
⁸⁰ Este elemento permite formular una reflexión que permite complementar que, mientras los tratados de libre comercio y los APPRI establecen los principios sobre el trato a la IED (sin descuidar algunos elementos procesales), el *Convenio de Washington* establece los relacionados con la solución de controversias emanadas de un acuerdo de éste tipo.

⁸¹ Sobre sus funciones básicas, según la Nueva Economía Institucional, véase apartado 2.3., del Capítulo II.

a las necesidades financieras de los Estados para estimular el crecimiento- ha modificado, y seguirá modificando, la noción tradicional de soberanía.⁸²

El siguiente cuadro resume lo escrito:

FIGURA 3.6.1.



3.6.1.1.3. Contenido

El *Convenio de Washington* incluye los lineamientos que deben observarse para la creación y organización interna del CIADI (art. 1 al 24), la jurisdicción⁸³ y las características que deben cumplir las controversias a las cuales puede extender sus servicios (art. 25 al 27), así como las formalidades para el otorgamiento del consentimiento para someterse a la conciliación o al arbitraje. También contiene las bases, tanto del procedimiento de conciliación (art. 28 al 35), como del mecanismo de arbitraje (art. 36 al 55), y el procedimiento de sustitución y recusación de los conciliadores y árbitros, según sea el caso (art. 56 al 58).

Asimismo, expresa los elementos que deben considerarse para la determinación de los gastos y pagos por la utilización de los servicios que ofrece el Centro, así como la fijación de los honorarios de los árbitros y conciliadores (art. 59 al 61), el lugar del procedimiento de conciliación o arbitraje (art. 62 y 63), el foro en el que, salvo acuerdo en contrario, se deben

⁸² Véase el apartado 2.4.5., en particular, el sub-apartado relacionado con la discrecionalidad del Estado (2.4.5.2).

⁸³ En el ámbito jurídico, se entiende por *jurisdicción* a la autoridad o actividad, que posee un organismo - nacional o internacional, según sea el caso-, para ejecutar y aplicar el marco institucional en un juicio; en otras palabras, es la facultad para administrar los mecanismos de solución de controversias a través de sus órganos y tribunales respectivos (Ponce de León Armenta, 1992, pp. 99-110).

solucionar las diferencias entre los Estados contratantes (art. 64), y el procedimiento mediante el cual se puede reformar, adicionar o derogar el Convenio (art. 65 y 66).

Por último, expone los lineamientos que configuran la posibilidad, así como el procedimiento, para ser firmado y ratificado por otros Estados, su entrada en vigor, la posibilidad de denunciarlo, así como el lugar y otras formalidades (art. 67 al 75).

3.6.1.1.4. Instituciones derivadas del Convenio de Washington

Derivado de la naturaleza orgánica y procesal del *Convenio de Washington* a la que nos hemos referido anteriormente, son diversas las disposiciones que el Consejo General ha diseñado y formalizado para reglamentar y definir cada uno de los lineamientos establecidos en éste. En este sentido, tenemos los siguientes reglamentos: a) *Reglamento Administrativo y Financiero*, que organiza, tanto el Consejo General, como el Secretariado;⁸⁴ b) *Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje*, que establecen los requisitos para acceder a ambos mecanismos;⁸⁵ c) *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación*, que determinan el esquema de este procedimiento,⁸⁶ y d) *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje*, con el mismo objeto que las anteriores.⁸⁷

3.6.1.2. Reglamento del Mecanismo Complementario

3.6.1.2.1. Origen

El *Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, llamado, por autorización del propio documento, como *Mecanismo*

⁸⁴ Su fundamento el artículo 6(1) (a) del *Convenio de Washington*.

⁸⁵ Llamadas también *Reglas de Iniciación* (RI). Su fundamento es el artículo 6 (1) (b) del *Convenio de Washington*. Son complementadas, particularmente, con la Regla 16, 22 (1), 23, 24, 30 y 34 (1), del RAF.

⁸⁶ Llamadas también *Reglas de Conciliación* (RC). Su fundamento es el artículo 6 (1) (c) del *Convenio de Washington*. Son complementadas, particularmente, con la Regla 14-16, 22-31 y 34 (1) del RAF. Cubren el periodo que inicia desde el registro de la solicitud, hasta la redacción del informe.

⁸⁷ Conocidas como *Reglas de Arbitraje* (RA). Regulan el periodo que inicia desde la notificación del registro de la solicitud, por parte del Secretario General del CIADI, hasta el pronunciamiento del laudo y el agotamiento de los recursos contemplados en el *Convenio de Washington*. Tienen como fundamento el artículo 6 (1) (c) del *Convenio de Washington*. Por otra parte, y al igual que las RC, son complementadas, particularmente, con la Regla 14-16, 22-31 y 34 (1) del RAF.

Complementario del CIADI (art. 2), fue aprobado el 27 de septiembre de 1978, por el Consejo Administrativo, en su Duodécima Reunión Anual (Rodríguez Jiménez, 2004, p. 27).

Su creación respondió a necesidades legales y económicas. En efecto, ante la prioridad de contar con un procedimiento de solución de controversias alternativo al establecido por el Convenio de Washington, el Consejo Administrativo autorizó al Secretariado a administrar "...cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI" (CIADI, 2006, p. 5).

3.6.1.2.2. *Naturaleza*

Al igual que el *Convenio de Washington*, el *Mecanismo Complementario* contiene principios generales sobre los cuales el Consejo General emitió tres reglamentos: uno, que reglamenta el proceso de Conciliación, otro, al de Arbitraje, así como el que regula el procedimiento de la "Comprobación de Hechos". En relación con los dos primeros, son utilizados en aquellas controversias que, por no satisfacer alguno de los requisitos necesarios para acceder instituidos por el *Convenio de Washington* (Vives Chillida, 1998, pp. 88-123),⁸⁸ no ser solucionados mediante los procedimientos emanados de éste (CIADI, 2006, p. 5).⁸⁹

En consecuencia, el *Mecanismo Complementario* puede considerarse, también, como un documento de "segundo nivel", según la clasificación de instituciones propuesta por Williamson (2000, pp. 596-598). Sin embargo, únicamente puede concebirse como un mecanismo institucional *cuasi-constitucional*, ya que, por lo que se refiere a su atributo orgánico, únicamente expande algunas funciones y obligaciones del Secretariado (en particular, del Secretario General), sin revisar aspectos sustanciales relacionados con la organización del Centro. A pesar de ello, mantiene los otros dos atributos a los que nos referimos cuando expusimos la naturaleza del *Convenio de Washington*: el de tipo procesal y el de naturaleza político-jurisdiccional.

⁸⁸ A saber, los llamados requisitos por *razón de la materia* y por *razón de la persona*. Sobre sus características, véase Rodríguez Jiménez (pp. 227-448).

⁸⁹ Debemos mencionar que, en razón de que México no es país miembro del CIADI, éste ha sido el mecanismo por el cual ha accedido a la "jurisdicción" del CIADI. En consecuencia, sus laudos arbitrales han derivado de éste. Sobre estos laudos hablaremos en el capítulo siguiente.

3.6.1.2.3. *Contenido*

En relación con el contenido, el *Mecanismo Complementario* incluye diversos aspectos que regulan y estructuran los procedimientos señalados. De manera más específica, contiene las definiciones que son necesarias para interpretar el texto (art. 1); la autorización, por parte del Consejo Administrativo, al Secretariado del Centro, para administrar los procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos, que reúnan los requisitos necesarios (art. 2); asimismo, enuncia la inaplicabilidad de las disposiciones contenidas en el *Convenio de Washington* -incluyendo recomendaciones, laudos e informes- en procedimientos bajo el Mecanismo Complementario (art. 3); los pasos necesarios para acceder a los procedimientos de conciliación y arbitraje del *Mecanismo Complementario* (art. 4); las disposiciones relacionadas con las responsabilidades y obligaciones por parte del Secretariado y su coordinación con el *Reglamento Administrativo y Financiero* (art. 5). Finalmente, incluye los Anexos contenidos en el *Mecanismo Complementario* (art. 6), de los cuales hablaremos a continuación.⁹⁰

3.6.1.2.4. *Instituciones derivadas del Mecanismo Complementario*

Al igual que el *Convenio de Washington*, y de acuerdo a su naturaleza procesal, el Mecanismo Complementario es el referente institucional que establece los lineamientos generales de los procedimientos anteriormente mencionados (“Conciliación”, “Arbitraje” y “Comprobación de hechos”). Por tal razón, se derivan tres reglamentos que regulan cada uno de éstos, contenidos en el documento principal como anexos al *Mecanismo Complementario*.

En efecto, los reglamentos derivados, son: en primer lugar, el *Reglamento de Comprobación de Hechos*, que establece un procedimiento para que un nacional, o Estado, puedan iniciar una averiguación sobre algún acto que conlleve a una posible conciliación o arbitraje (Anexo A); asimismo, el *Reglamento de Conciliación del Mecanismo Complementario* (Anexo B), que es una especie de adecuación del Reglamento bajo el *Convenio de Washington*, para ser utilizado al no reunir los requisitos establecidos en el *Convenio* (Rodríguez Jiménez, 2006, pp. 227-448).

⁹⁰ El Anexo A, corresponde al *Reglamento de Comprobación de Hechos*; el B, al *Reglamento de Conciliación*, y el Anexo C, al *Reglamento de Arbitraje*.

Finalmente, contiene el *Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario* (Anexo C), el cual, de manera similar al anterior, regula un procedimiento de arbitraje para las partes que, por la falta de reunión de los requisitos necesarios para acceder al del *Convenio de Washington*, necesitan un mecanismo para solucionar las controversias relacionadas con cualquier afectación a los derechos de propiedad en materia de IED.

3.6.2. Estructura interna

Cuando, en este mismo Capítulo, nos aproximamos al CIADI y lo analizamos, tanto como una institución -de manera más específica, como un “arreglo institucional”-, como desde su naturaleza orgánica,⁹¹ enunciamos que, entre las características que, según Hodgson, permiten concebirle de tal manera (2011, pp. 31, *et seq.*), se encuentra la de poseer la autonomía para determinar su estructura y funcionamiento de manera interna.

En este sentido, enunciamos que existen dos dependencias, jerarquizadas y ordenadas a partir de niveles directivos, cada una con una estructura determinada por sus facultades y obligaciones, y cuyas funciones son establecidas por el marco institucional referido anteriormente (Williamson, 2000, pp. 595-613), a saber: el *Consejo Administrativo* y el *Secretariado*. A continuación, nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

3.6.2.1. Consejo Administrativo

El Consejo Administrativo es el órgano plenario del CIADI, y tiene como función principal el diseño, reforma y vigilancia del marco institucional del propio Centro (tanto del *Convenio de Washington*, como de los reglamentos derivados de éste, así como del *Mecanismo Complementario*), así como la vigilancia del correcto desempeño del Secretariado y demás funcionarios pertenecientes a éste (Art. 6, *Convenio de Washington*).

3.6.2.1.1. Organización interna

Por lo que respecta a su organización interna, tanto el *Convenio de Washington*, como el marco institucional al que nos hemos referido anteriormente, lo determinan claramente; se establece que se compondrá de un Presidente, mismo que será, *ex officio*, el Presidente del Banco Mundial (art. 5, *Convenio de Washington*), así como de un pleno, compuesto por un

⁹¹ Véase el apartado 3.2.3.2.

representante -y su respectivo suplente- de cada uno de los Estados que han suscrito el *Convenio*, ambos electos por su país de origen (art. 4 del *Convenio de Washington*), quienes, al igual que el Presidente son, *ex officio*, el Gobernador -y su respectivo suplente- del país miembro del Banco Mundial (Vives Chillida, 1998, p. 25).

El Consejo Administrativo debe reunirse, por lo menos, una vez al año (art. 5 del *Convenio de Washington*).⁹² Sin embargo, podrá tener las reuniones extraordinarias necesarias, en las siguientes situaciones: a) cuando el propio Consejo decida la pertinencia realizarlas, y b) cuando sea solicitada por el Secretario General, por, al menos, cinco miembros del Consejo (art. 7 del *Convenio de Washington* y regla 1 del RAF). Todas deberán ser organizadas por dicho funcionario, y deberán conducirse de acuerdo a los lineamientos respectivos.

3.6.2.1.2. Funciones

Como dijimos, son diversas, y de múltiple naturaleza, las funciones que posee el pleno del Consejo de Administración, las cuales pueden clasificarse en *normativas*, *administrativas* y *financieras*. De manera general, enunciarnos las siguientes:

- a) *Normativas*: adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro; y emitir los lineamientos, relacionados, tanto con el inicio, como con el desarrollo de los procedimientos de conciliación y arbitraje (art. 6 , a), b) y c) del *Convenio de Washington*);
- b) *Administrativas*: determinar, por medio de las medidas y los ordenamientos respectivos, las funciones del Secretariado, y aprobar el informe anual de actividades (Art. 6, e) y f) del *Convenio de Washington*), y
- c) *Financieras*: Aprobar los arreglos con el Banco Mundial relacionados con la utilización de sus instalaciones inmobiliarias y recursos financieros, así como adoptar el presupuesto anual de ingresos y, así como el de egresos del centro (Art. 6, e) y f) del *Convenio de Washington*).

⁹² De acuerdo con el mismo precepto legal, estas reuniones deben coincidir con la reunión anual de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial.

3.6.2.2. *Secretariado*

El Secretariado es el sub-organismo del CIADI que, además de fungir como su representante legal, se encarga de ejecutar las decisiones emanadas del marco institucional creado por el Consejo Administrativo. Administra también los procedimientos de conciliación y arbitraje, así como de la propia actividad diaria del Centro, es decir, satisface los requerimientos y necesidades del Consejo; también conduce las finanzas internas, así como coordinación de las relaciones con sus empleados y funcionarios (art. 11 del *Convenio de Washington*).

3.6.2.2.1. *Organización interna*

El Secretariado está compuesto por el Secretario General, el Secretario Adjunto -o Secretarios Generales Adjuntos necesarios-, y por el personal administrativo del Centro (art. 9 del *Convenio de Washington*). Por lo que respecta a los primeros, son designados por el Consejo General, mediante el procedimiento establecido en el propio marco institucional (art. 10 del *Convenio de Washington*, y Regla 8 del RAF).⁹³ Cada uno tiene una duración en el cargo de 6 años, con la posibilidad de ser reelecto, si así se estima adecuado por el Consejo (art. 10 del *Convenio de Washington*).

En relación con el personal administrativo, ejerce, en estricto sentido, las funciones cotidianas del Centro. Cada uno de los empleados es electo a través de dos procedimientos: a) mediante designación directa, por parte del Secretario General, y b) a través de la aceptación y ejecución de comisiones y servicios (Regla 10 del RAF). Finalmente, es de mencionarse que gozan de los mismos derechos que el personal del Banco Mundial (Regla 11 del RAF).

3.6.2.2.2. *Funciones*

Como enunciamos anteriormente, las funciones del Secretariado -en particular, del Secretario General- son de naturaleza ejecutiva y administrativa; asimismo, también posee algunas relacionadas con el procedimiento de conciliación y arbitraje. A continuación expondremos las principales, de acuerdo a la finalidad que se persigue.

⁹³ El procedimiento de designación lleva a cabo a través de lo establecido en el artículo 10 del *Convenio de Washington* y en la Regla 8 del RAF.

- a) *En relación con las actividades del Consejo Administrativo:* organizar las reuniones anuales, tanto ordinarias como extraordinarias (Regla 1 y 5 del RAF); notificarlas a los demás miembros (Regla 2 del RAF); preparar y dar a conocer la agenda de actividades u orden del día (Regla 3 del RAF); desempeñarse como secretario de la reunión (Regla 4 del RAF), y levantar el acta y proporcionar copias a los asistentes;
- b) *En relación con la organización del Centro:* representar legalmente al organismo (art. 11 del *Convenio de Washington*); organizar y vigilar su correcto funcionamiento, incluyendo lo referente a los empleados (art. 11 del *Convenio de Washington* y Regla 10 de RAF); designar un sustituto, cuando un Secretario Adjunto estuviere incapacitado o exista la vacante (Regla 9 del RAF); preparar y presentar el informe de labores al Consejo (art. 6 del *Convenio de Washington* y Regla 6 del RAF), y , con el Banco Mundial, que sus empleados participen de las prestaciones que aquel otorga a sus miembros (Regla 11 del RAF), y
- c) *En relación con el procedimiento de conciliación y arbitraje:* recibir y registrar, al cumplirse los requisitos establecidos, las solicitudes de conciliación o arbitraje, y expedir acuse de recibo (art. 11 y 28 y 36 del *Convenio de Washington* y Regla 1 y 7 de las RI); notificar a las partes sobre el registro de un procedimiento de conciliación o arbitraje (art. 28 y 36 del *Convenio de Washington*); invitarlas a que conformen la Comisión de Conciliación o Tribunal de Arbitraje, según sea el caso (Regla 7 de las RI); autenticar los laudos arbitrales y emitir la copias necesarias (art. 11 del *Convenio de Washington*), y recibir el escrito de revisión o anulación del laudo (art. 50 a 52 del *Convenio de Washington*).

3.6.2.2.3. Limitaciones al Secretariado

Por último, debemos mencionar que, el marco institucional del Centro, establece tres limitaciones o restricciones que deben observar, tanto el Secretario General titular, como los Secretarios Generales Adjuntos:

- a) No podrán ser integrantes de las listas de conciliadores o árbitros que guarda el Centro, ni fungir como tal en algún procedimiento (Regla 13 del RAF);
- b) No podrán ejercer alguna otra actividad de naturaleza política (art. 10 del *Convenio de Washington*), y

UN ACERCAMIENTO AL CIADI

- c) No podrán desempeñar, sin la previa aprobación por parte del Consejo Administrativo,⁹⁴ otra función, empleo, cargo o actividad (art. 10 del *Convenio de Washington* y Regla 8 del RAF).

⁹⁴ De acuerdo a la Regla 8 del RAF, la autorización para el ejercicio de otro cargo, labor o empleo debe ser puesta a consideración al Presidente del Consejo, al momento de ser propuestos como candidatos.

3.7. Consideraciones finales

De lo expuesto en el presente Capítulo, podemos destacar las siguientes consideraciones finales:

En *primer lugar*, explicamos que, la creciente movilidad de capitales de los últimos años -sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX- requería de un mecanismo que dirimiera las controversias suscitadas por el incumplimiento de los acuerdos relacionados con el intercambio de derechos y obligaciones en materia de IED, es decir, era necesario un instrumento que hiciera posible forzar el cumplimiento de los acuerdos contraídos o, en su defecto, obtener un resarcimiento por el daño. Así surgió el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, también conocido como CIADI.

Por otra parte, demostramos que dicha organización posee una naturaleza *híbrida*, consecuencia de la adaptación de otros medios de solución de controversias (como el arbitraje entre Estados, las llamadas “Comisiones Mixtas de Reclamaciones” y el arbitraje comercial internacional), cuyas características principales se localizan a partir del estudio de dos aspectos: por la propia naturaleza de la IED, así como por los sujetos que participan en dichas transacciones.

Demostramos, al estudiarlo como institución y como organización que, el *Convenio de Washington*, incluye los lineamientos que sistematizan diversos arreglos institucionales, lo que se traduce en un entramado de reglas interconectadas para funcionar como un organismo; mientras que, en relación con el enfoque como organización, su estructura jerárquica (compuesta del Consejo Administrativo y Secretariado), delegación de funciones y capacidad de decisión de cada una de ambas divisiones, permiten adecuarla en dicha categoría.

Por último, demostramos que su creación puede justificarse no sólo por lo establecido en el *Informe de los Directores...* -el cual presenta una visión jurídico-legal-, sino además, porque, tras una revisión del texto -y del contexto-, se manifiesta como el resultado de una necesidad histórico-evolutiva; y es que, como dijimos, era indispensable para que el inversionista pudiera utilizar, de manera óptima, los derechos de propiedad de su IED y reducir los costes de transacción provocados por la complejidad. Asimismo, expusimos que el Centro, desde una perspectiva global, fue creado para coordinar la armonización del marco

institucional nacional, con las “reglas del juego” internacionales, así como para delimitar los derechos de propiedad.

En *segundo lugar*, demostramos que los costes de transacción tienen estrecha relación con el mecanismo arbitral del CIADI. En este sentido, expusimos que los inversionistas extranjeros también recaen en este tipo de gastos, no sólo por la búsqueda de información para la realización de un acuerdo eficiente, sino también porque pretenden, ante todo, que el Estado receptor del capital cumpla con cada una de las obligaciones adquiridas mediante el contrato. Aunado a lo anterior, mencionamos que tales costes aumentan debido a la complejidad de las transacciones; complejidad que puede manifestarse de tres formas: material, subjetiva e institucionalmente. Por lo que se refiere a la *complejidad material*, expusimos que surge debido a que los derechos de propiedad son transferidos directamente por el Estado; asimismo, porque, en el propio objeto de la controversia, existen perjuicios que recaen en terceras personas (externalidades negativas). Lo anterior se refleja en la responsabilidad, en caso de que sea declarada por el tribunal arbitral, pues la indemnización resultante es pagada con el presupuesto público.

En relación con la *complejidad subjetiva*, expusimos que los costes surgen debido a que las partes se encuentran en una posición de asimetría legal, es decir, en un plano jurídico distinto. Esta situación hacía imposible acudir a un foro existente previamente. De igual manera, mencionamos que las previsiones, por parte del inversionista extranjero, para que el Estado cumpla con el acuerdo de manera satisfactoria, aumentaban considerablemente, debido a que éste tiene la posibilidad de actuar apelando al principio de soberanía nacional y de autodeterminación.

Finalmente, en relación con la *complejidad institucional*, explicamos que, en los acuerdos relacionados con la adquisición de derechos en materia de IED, existe una convergencia, tanto de instituciones nacionales como de las internacionales, y, dentro de éstas, de instituciones formales con otras de naturaleza consuetudinaria. Dicha situación provoca altos costes de vigilancia, en particular, porque es necesario replantear, en cada caso, la armonización entre ambas. Por ello, demostramos que el CIADI, a través de su procedimiento arbitral, realiza funciones de “ingeniería institucional”, lo cual,

adicionalmente, permite adecuar el marco institucional nacional del país receptor del capital con los lineamientos internacionales.

En último lugar, expusimos que el CIADI permite reducir los costes derivados de la intención, por parte del inversionista, de mantener el valor específico de los activos. En efecto, mediante el ejercicio del procedimiento arbitral, se reduce significativamente el grado de incertidumbre sobre los actos del Estado que puedan ocasionar una pérdida de dicho valor; en otras palabras, pretende mantener la cuantía de los derechos adquiridos. Lo anterior resulta sumamente útil por otra causa: reduce el número de decisiones -y las probabilidades de pérdidas- que debe tomar el inversionista en la organización de sus capitales.

En *tercer lugar*, demostramos que la Nueva Economía Institucional rediseña el planteamiento sobre lo que debe entenderse por IED. En efecto, utilizando los elementos teóricos que postula, resulta que la tradicional concepción neoclásico-keynesiana (que concibe a los movimientos de capital como el mero intercambio de flujos de un país hacia otro), es insuficiente -o, al menos, inadecuado- para relacionarlo con la actividad del CIADI. En este sentido, y utilizando un razonamiento similar al que plantea Ronald Coase en *El problema del coste social*, el verdadero objeto de los acuerdos económicos en esta materia es la adquisición, por parte de un inversionista extranjero, de determinados derechos de propiedad para la realización de una o más actividades en el territorio del Estado contratante. Esta concepción permite percatarnos de que ambos agentes deberán acordar las “reglas del juego” que habrán de regir el intercambio y someterse a las mismas, so riesgo de caer en un posible incumplimiento y, en consecuencia, provocar alguna de las causales para poder acceder al mecanismo arbitral administrado por el CIADI.

Como enunciamos en el Capítulo I, un punto relacionado con los derechos de propiedad es que, a diferencia de la Economía Neoclásica, la Nueva Economía Institucional argumenta que el marco institucional contiene algunas de las modalidades a las que los agentes deben someterse para la utilización de sus activos. Esto también aplica para los derechos relacionados con la IED, y pueden ser contenidos, tanto en el marco institucional nacional, como en el internacional.

Por lo que respecta a las modalidades de carácter nacional -las cuales hacen, a su vez, de principios-, explicamos que pueden responder, para el caso de México, a razones de

“interés social” o colectivo, así como de “orden público”. Los primeros pretenden evitar daños o perjuicios a uno o más grupos sociales (es decir, buscan mantener la concordancia entre interés privado y general), mientras que, los segundos, tienen estrecha relación con la salvaguarda de algunos aspectos en los que el Estado tiene especial interés; por ejemplo, en la regulación sobre sectores económicos en los cuales la participación extranjera se encuentra restringida o limitada.

Expusimos que, éstos y otros principios, se encuentran resumidos en el llamado *Principio de Legalidad*, lo que equivale a la sujeción de cualquier acto estatal a las reglas del juego previamente establecidas; en particular, y por lo que respecta a los derechos en materia de IED, que debe someterse a los acuerdos realizados, así como al marco institucional relacionado con el mismo. Por ejemplo, en actos de expropiación directa -o indirecta- de los derechos de los extranjeros relacionados con sus negocios.

En relación con los lineamientos contenidos en el orden institucional internacional, enunciamos que surgieron como consecuencia de un proceso histórico e, incluso, evolutivo. Los más recurridos, son: principio de “Trato Nacional”, principio de “Nación Más Favorecida”, así como el principio de “Nivel Mínimo de Trato”. Los dos primeros hacen hincapié en la igualdad que debe prevalecer en el tratamiento, tanto de los inversionistas extranjeros, como de sus respectivos activos, por parte de sus dependencias y entidades, en relación con sus nacionales y los nacionales de otros Estados que tengan negocios similares; mientras que el “Nivel Mínimo de Trato” estipula que el Estado debe dar un tratamiento acorde con los lineamientos acordados a través del derecho consuetudinario; por ejemplo, un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Finalmente, demostramos la relación que existe entre la expropiación y los derechos de propiedad de la IED. En este sentido, después de explicar cuál es la naturaleza de la expropiación directa (es decir, la privación legal de los derechos de dominio por causa de utilidad pública), y de la expropiación indirecta (o sea, el impedimento *de facto* para disponer de los derechos y activos adquiridos por el agente, de manera eficiente, debido a un acto cometido por alguna autoridad), demostramos que la función del CIADI, en este aspecto, es la de vigilar que la expropiación y la actuación del Estado sea apegada a los principios institucionales acordados por las partes, así como de mantener el valor específico de los activos; pues, como expusimos, cualquier acto público puede ocasionar una pérdida de

utilidad de los mismos. Aunado a lo anterior, expusimos que esta función lleva aparejadas otras tres: a) la coordinación del marco institucional nacional e internacional; b) árbitro de la actividad estatal, (que sea apegada al principio de legalidad), y c) que delimite los derechos de propiedad.

En *cuarto lugar*, señalamos que, además de los objetivos principales que establece el *Informe de los Directores...* (tanto el que hace hincapié en la proporción de un mecanismo para la solución de controversias, como en el estímulo de un mayor flujo de capitales a partir de la reducción de riesgo e incertidumbre), la Nueva Economía Institucional nos permitió analizar otros dos, los cuales tienen una relación más directa con el intercambio entre los agentes, en particular, con la adquisición de derechos en materia de IED: su función como coordinador del marco institucional del país con el internacional y como mecanismo reductor de la ambigüedad de los derechos de propiedad.

Por lo que respecta al primero, expusimos que el CIADI, a través de las resoluciones que dictan sus tribunales (es decir, los laudos), actúa de la misma manera que otros organismos públicos internacionales: canaliza los acuerdos y “reglas del juego” que adopta la mayoría de los países para llevar a cabo los intercambios económicos, y determina si han sido -o no- incluidos en el marco institucional local; es decir, expone si existe concordancia entre uno y otro sistema institucional.

En relación con la delimitación de los derechos de propiedad, después de retomar el argumento sobre la inexistencia de una exacta estructura de derechos de propiedad, como argumenta la Economía Neoclásica, expusimos que el mecanismo arbitral del CIADI permite determinar los alcances y limitaciones que los derechos relacionados con la IED deben poseer para lograr un intercambio acorde con el interés privado y colectivo; función que, a su vez, se convierte en una fuente de *monitoreo* de la eficiencia del marco institucional del país receptor del capital.

Finalmente, en *quinto lugar*, explicamos las características, tanto del marco institucional como de la organización interna del CIADI. En relación con el primer aspecto, describimos las características del *Convenio de Washington*, destacando que, su naturaleza posee tres cualidades: orgánica, procesal y política-institucional. La primera permite la articulación de

los reglamentos que estructuran el funcionamiento interno del Centro; la segunda, se relaciona con los lineamientos que deben observarse para llevar a cabo los arbitrajes, y, en relación con la tercera, argumentamos que esa característica permite controlar los actos de los agentes públicos relacionados con medidas que afecten los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros. Estas reflexiones, dijimos, pueden aplicarse, de igual manera, al análisis del llamado *Mecanismo Complementario*.

Por otra parte, en relación con su organización interna, expusimos los principales aspectos de cada una de las divisiones, a saber: el Consejo Administrativo y el Secretariado. Del primero, destacamos que puede entenderse como el órgano plenario y que sus funciones pueden clasificarse en *normativas, administrativas y financieras*. Y del Secretariado, enunciamos que, además de ser el representante legal del Centro, tiene diversas actividades, entre las que destaca la administración del mecanismo de conciliación y arbitraje, así como la organización administrativa y laboral del organismo.

CAPÍTULO IV

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

4.1. Consideraciones generales

En este capítulo desarrollamos un diagnóstico en torno a tres elementos primordiales para que las transacciones relacionadas con la inversión extranjera directa (en adelante, IED) puedan realizarse de manera más eficiente. Para ello, a partir de la información contenida en los laudos arbitrales, y utilizando el instrumental teórico de la Nueva Economía Institucional, desarrollaremos diversas reflexiones en torno al marco institucional, la delimitación de los derechos de propiedad, los procesos de intercambio de los propios derechos y obligaciones, así como el comportamiento ilegal del propio Estado que ha repercutido en la generación de los arbitrajes; comportamiento que, si bien en algunas ocasiones no ha sido afirmado por los tribunales, no deja de presentarse como una alarma en torno a la evolución del Estado de derecho mexicano.

Para tal efecto, en el siguiente apartado, exponemos cómo surgió la relación entre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) y nuestro país; en particular, veremos cómo, a partir del cambio de modelo de política económica (el tránsito de un Estado keynesiano-benefactor, a uno basado en el libre mercado y con un Estado mínimo), dio pauta a la suscripción de numerosos acuerdos internacionales en materia comercial y de inversiones, entre los que destaca, por supuesto, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN); institución que incorpora, en su Capítulo XI, la puerta de acceso a los mecanismos de solución de controversias administrados por el CIADI. Asimismo, exponemos un panorama general en torno a los casos concluidos, y en los cuales ha participado nuestro país como demandado. Aunado a lo anterior, desarrollamos una breve reseña en torno a los laudos arbitrales concluidos, resaltando los acontecimientos y la información que serán de utilidad para la elaboración de los siguientes. Por ejemplo, los actos de autoridad que fueron considerados ilegales, los principios supuestamente violentados, los argumentos de cada una de las partes, las reflexiones emanadas de los respectivos tribunales, así como las decisiones finales, sin dejar a un lado las indemnizaciones derivadas de dichas resoluciones.

En el apartado 4.3., exponemos un primer balance en torno a los resultados de las decisiones arbitrales. Después de presentar el número de los casos ganados y perdidos, así

como las cantidades pecuniarias que, por concepto de costes procesales e indemnizaciones, ha tenido que pagar el Estado mexicano, exponemos y profundizamos nuestra exposición en torno a los principios que han sido violentados en las controversias ventiladas contra nuestro país; resaltamos, en particular, las diversas formas en las cuales se ha “materializado”, desde las perspectivas de los tribunales y de los agentes demandantes, la Expropiación, el Nivel Mínimo de Trato, el Trato Nacional, el Trato Justo y Equitativo, y otros que fueron invocados por los inversionistas extranjeros.

En un apartado posterior, elaboramos el diagnóstico obtenido a partir de la información contendida en los laudos; en particular, sobre el marco institucional, derechos de propiedad, problemas relacionados con el intercambio, así como aquellos relacionados con el comportamiento del Estado, en su función como parte contratante. Por lo que respecta a los elementos del marco institucional, reflexionaremos sobre la ausencia de armonía entre las instituciones formales e informales, así como la incertidumbre existente en éstas, es decir, la falta de previsión sobre el cambio unilateral de las “reglas del juego” vinculadas con las controversias.

Por lo que se refiere a los derechos de propiedad, nuestro análisis recaerá en dos elementos: las modalidades invocadas para su delimitación (en particular, el “orden público” e “interés social”), y la pérdida del valor de los activos que los actos estatales provocaron. Enseguida, exponemos los problemas relacionados con el intercambio de los derechos en tres escenarios distintos: en el mercado, en la elección de los agentes, y en la información disponible, tanto para los inversionistas como para los propios organismos públicos.

Finalmente, realizamos un estudio sobre el comportamiento del Estado mexicano. Para tal efecto, nuestra atención recaerá en tres elementos: la arbitrariedad gubernamental argumentada -y, en algunos casos, confirmada- por los demandantes, el comportamiento de los organismos públicos, y los problemas relacionados con la naturaleza estatal. En relación con la arbitrariedad, demostraremos que, la ambigüedad o falta de articulación del marco institucional, permitió un amplio margen de comportamiento a los funcionarios públicos, lo que generó distorsiones en el intercambio y cumplimiento de los acuerdos; por lo que respecta al comportamiento de los organismos públicos, expondremos, mediante los supuestos de la Teoría de la Agencia, y basándonos en los argumentos de las partes y del

propio tribunal, cómo los diversos organismos públicos tuvieron, en no pocas ocasiones, intereses contrapuestos, lo que perjudicó a los inversionistas extranjeros.

Por último, enfocaremos nuestra reflexión en torno a los problemas que la naturaleza del Estado, que lo concibe como el instrumento de un grupo de poder o sector social; al respecto, demostraremos que algunos de sus comportamientos demuestran una actividad directa -o bien, la presión indirecta hacia los encargados de tomar las decisiones en torno al cambio y ejecución del marco institucional y las políticas públicas- para afectar los derechos de los inversionistas; comportamientos que configuran la ineficiencia del marco institucional, así como la propia debilidad de las autoridades públicas, lo que podría traducirse en un rústico y mediano nivel en el Estado de derecho.

Finalmente, exponemos, en un numeral siguiente, las consideraciones finales derivadas de todo lo escrito a lo largo de cada uno de los apartados que se incluyen en el Capítulo.

4.2. La relación entre el CIADI y el Estado mexicano

4.2.1. El cambio de modelo de política económica en México

A partir de los efectos negativos ocurridos después de los efectos de la llamada “Crisis de la Deuda”,¹ México comenzó con la transición de un modelo de Estado benefactor-keynesiano, a uno basado en los principios del libre mercado (neoliberal). En efecto, con la suscripción, en noviembre de 1982, así como en julio de 1986, de dos “Cartas de Intención” con el Fondo Monetario Internacional,² el entonces presidente Miguel de la Madrid Hurtado inició un proceso de reestructuración y “adelgazamiento del Estado”, a través de la desincorporación y desmantelamiento de dependencias y empresas paraestatales (Concheiro Bórquez, 1993, p. 75).

Las políticas públicas de este periodo tuvieron, como algunos de sus objetivos, los siguientes: a) disminución del gasto público; b) continuación de las obras públicas de manera

¹ Tuvo sus efectos entre 1976 y 1981. En este periodo, México y otros países latinoamericanos se vieron superados por sus respectivas deudas con la banca internacional (principalmente de naturaleza privada). Lo anterior se debió, básicamente, a dos razones: a) establecimiento de políticas monetarias restrictivas de los Estados Unidos e Inglaterra (aumentó de las tasas de interés y reducción de las importaciones), y b) disminución mundial de los precios del petróleo. Sobre los acontecimientos ocurridos, véase French-Davis y Devlin (1993). Asimismo, para revisar las repercusiones en México, véase Ávila (2006).

² Los documentos pueden verse en Bancomext (1992, pp. 1247-1251) y en Bancomext (1986, pp. 730-734).

selectiva; c) mayor eficiencia y control del gasto público; d) aumento de los ingresos; e) reestructuración de la administración pública, y f) reafirmación del principio de rectoría del Estado y de economía mixta (De la Madrid, 1988, pp. 245-247). En resumen, el gobierno comenzó con la instrumentación de programas de naturaleza neoclásica u ortodoxa, lo que trajo como resultado, en primer lugar, una reestructuración de la deuda pública y, en segundo, la reactivación de las actividades económicas (Cárdenas, 1996, pp. 125-147). Aunado a lo anterior, se inició el proceso de apertura sectorial, la liberalización de mercados y el fomento de inversiones, tanto a nacionales como extranjeras; un cambio de modelo económico que fue formalizado con la entrada en vigor, el 24 de agosto de 1986, del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (*Ídem*).

Sin embargo, fue en 1992 cuando nuestro país inició un proceso de reforma estructural con mayor profundidad y con metas más específicas.³ En efecto, de acuerdo con lo establecido en el “Plan Nacional de Desarrollo, 1988-1994” del entonces presidente, Carlos Salinas de Gortari, se establecieron los lineamientos que habrían de aplicarse para adecuar todo el aparato productivo y gubernamental al nuevo modelo (Albarrán Cruz, 1989, p. 14). Este programa, sustentado bajo la ideología del llamado “Liberalismo Social”,⁴ se concentró en, prácticamente, los mismos objetivos del programa económico de Miguel de la Madrid, los cuales fueron sistematizados posteriormente por el Banco Mundial, a través del llamado “Consenso de Washington”,⁵ a saber: a) disciplina fiscal; b) cambios en las prioridades del gasto público; c) la reforma fiscal; d) tipos de interés y tipo de cambio sujetos a la oferta y la demanda; e) liberalización comercial; e) apertura a la inversión extranjera; f) política de privatizaciones; g) política de desregulación, y h) delimitación de los derechos de propiedad (Casilda Béjar, 2004, pp. 20-24).

Aunado a lo anterior, de manera semejante al sexenio anterior, se pretendió incrementar disminuir el gasto público. Por ello, se continuó con el proceso de desincorporación de empresas paraestatales como Mexicana de Aviación, Aeroméxico,

³ Una obra que presenta un detallado análisis sobre cada una, es la de Javier Clavijo. Al respecto, véase (Clavijo, 2000).

⁴ Sobre las características de esta ideología, véase Villarreal (1993). Por otra parte, este pensamiento fue ampliamente criticado, por su supuesta contradicción entre liberalismo y conducción a través de los intereses nacionales. Al respecto, véase Aguilar Rivera (2001, p. 26).

⁵ Al respecto, véase el documento preparado por John Williamson (1990) (en particular, el Capítulo 2: “What Washington Means by Policy Reform”).

Teléfonos de México, el sistema estatal de televisión “Imevisión”, Altos Hornos de México, Grupo DINA y Tabacos Mexicanos (Salinas de Gortari, 2002, p. 414).⁶ Estas y otras más fueron privatizadas o liberalizadas, según la nueva definición de lo que debería de considerarse como un sector estratégico (Ávila, 2006, p. 151).⁷ Así, de las más de 500 empresas estatales que aún existían, se desincorporaron cerca de 262 (Salinas de Gortari, 2002, p. 414).⁸

Sin embargo, la necesidad de contar con mayores recursos y con la presión derivada de las “Cartas de Intención” suscritas durante el sexenio anterior, se aceleró el proceso de desgravación y apertura del mercado nacional a las importaciones. Este modelo de política económica sentó sus bases finales con la suscripción, en diciembre de 1992, del TLCAN, por parte de México, Canadá y los Estados Unidos.⁹

El nuevo acuerdo dispuso las reglas del juego sobre asuntos como: a) eliminación de obstáculos al comercio de bienes y servicios; b) promoción de la competencia, c) protección de los derechos de autor, y d) aumento de la cooperación económica entre los tres países suscriptores (art. 101 y 102). Esta situación, obligó a revisar todo el marco institucional mexicano, para adecuarlo a los nuevos parámetros de crecimiento y desarrollo económico (Villarreal Corrales, 2001); situación que, con el respaldo de los empresarios potencialmente beneficiarios de las ventajas, así como del Congreso de la Unión, el Poder Ejecutivo pudo llevar a cabo sin demasiados costes económicos, políticos y sociales (Hernández Chávez, 1998, p. 107).

4.2.2. El acceso al CIADI a través de los tratados internacionales

4.2.2.1. A partir de los tratados comerciales internacionales

Además de las disposiciones sobre el intercambio de bienes y prestación de servicios, los diversos tratados en materia comercial firmados por nuestro país, incluyen un capítulo dedicado al marco institucional en materia de IED. Así, por ejemplo, en el TLCAN -con

⁶ Un estudio más detallado puede encontrarse en Rogonozky (1994).

⁷ Distinguimos entre “privatización” y “liberalización” basados en la clasificación propuesta por el economista Xavier Sala i Martín; Éste autor argumenta que privatización -o, bien, desregulación- no conlleva automáticamente la competencia, lo cual sí ocurre en la liberalización. (2008, pp. 54 y 55).

⁸ Para mayores detalles, véase Rogonozky (1994).

⁹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, firmado en el Distrito Federal, Ottawa y Washington, D. C., simultáneamente, el 17 de diciembre de 1992, publicado en el D. O. F el 20 de diciembre de 1993.

mucho, el instrumento más importante en materia de comercio internacional suscrito por nuestro país- se dispone de un apartado que regula, de manera específica, lineamientos sobre las transacciones relacionadas con la inversión extranjera directa, lo que llevó a considerarlo como un acuerdo de “Segunda Generación” (Gazol Sánchez, 2004, p. 11).¹⁰

En efecto, en su Capítulo XI, considerado “...el más importante de todos porque liberaliza los flujos de inversión a todos los sectores de la economía, con la sola excepción de aquellos expresamente excluidos por la Constitución” (Rubio, 1992, pp. 259), contiene reglas relativas a la importación directa de activos al territorio de un Estado suscriptor; establece, entre otras cosas, el ámbito de aplicación, los principios de tratamiento a la Inversión extranjera Directa, las reservas y excepciones de cada uno de los Estados, la relación con otros capítulos, así como disposiciones relativas al medio ambiente (“Inversión”, arts. 1101-1114).

Por otra parte, en su segunda y tercera sección (“Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte”, arts. 1115-1139), establece lo que podríamos considerar la “llave de acceso” al CIADI; en particular, en el artículo 1120.1., dispone que:

...un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- (a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI;
- (c)... (SECOFI, 1993, pp. 400, 401).

De lo anterior se deriva que el inversionista puede demandar al Estado mexicano por las dos vías administradas por el CIADI: a través del procedimiento arbitral regulado por el *Convenio de Washington*,¹¹ o bien, por medio del establecido mediante el *Mecanismo Complementario*, según sea el caso.¹²

¹⁰ Hay bastante bibliografía sobre la génesis, contexto social y económico, así como el debate que provocó la negociación del TLCAN. Sobre el primer aspecto, véase Garcíadiego Dantan (1994); por lo que se refiere a los dos últimos, véase Witker (2005).

¹¹ Sobre los aspectos generales del *Convenio de Washington*, véase el Capítulo III, apartado 3.6.1.1.

¹² Véase el capítulo anterior, apartado 3.6.1.2.

4.2.2.2. A partir de los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones

La cláusula de acceso para acceder a los mecanismos arbitrales administrados por el CIADI también es incluida en los veintinueve Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (APPRI o Bits, por sus siglas en inglés)¹³, suscritos por nuestro país;¹⁴ en efecto, en cada uno se incluye, en la respectiva sección relacionada con la solución de controversias, el marco institucional -que contiene los principios de tratamiento a la IED- y el mecanismo al que, el inversionista extranjero agraviado, puede recurrir.

A manera de ejemplo, tenemos que, el APPRI celebrado entre México y España¹⁵ establece, en su artículo XI la posibilidad de acceder, previo cumplimiento de los requisitos, a los mecanismos arbitrales administrados por el CIADI; asimismo, en el APPRI suscrito con Francia, el artículo 9, párrafo 4º, determina que un inversionista extranjero podrá llevar una controversia a arbitraje, a los siguientes mecanismos:

- i) al Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("El Centro"), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("el Convenio del CIADI")...;
- ii) al Centro, conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI...;

4.2.3. El recuento de los casos presentados contra México

Debido a que nuestro país no ha suscrito el *Convenio de Washington*, no se cumplen los requisitos necesarios para acceder al procedimiento administrado bajo sus lineamientos.¹⁶ Por tal razón, la única vía arbitral posible para solucionar una controversia, de entre las administradas por el CIADI, es la regulada por el *Mecanismo Complementario*.¹⁷

¹³ Como expusimos anteriormente, BIT o BITS es el acrónimo de *Bilateral Investment Treaty*, mientras que APPRI, APPRIs, hacen mención a los *Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones*; en razón de que hace alusión al mismo documento, ha sido utilizado de manera indistinta. Una mayor explicación sobre la naturaleza de los APPRIs y BITs puede encontrarse en la nota 134 del Capítulo 2.

¹⁴ Hasta la fecha, se han suscrito acuerdos con los siguientes países: Argentina, Cuba, Haití, Panamá, Trinidad y Tobago Uruguay, China, Corea, India, Singapur, Alemania, Austria, Belarús, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía, Unión Económica Belgo-Luxemburguesa; Bahréin, Kuwait y Australia.

¹⁵ El primer APPRI firmado con España fue firmado en 1996. Posteriormente, el 10 de octubre de 2006, fue suscrita una renegociación, la cual se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de mayo de 2008 y entró en vigor el 3 de abril de 2008.

¹⁶ Como mencionamos en el Capítulo anterior, los requisitos pueden dividirse en dos: a) por razón de la persona; y b) por razón de la materia, los cuales se enuncian en el artículo 1 (2) del *Convenio de Washington*. Véase Rodríguez Jiménez (2006, pp. 227-376), así como Vives Chillida (1998, pp. 102-123).

¹⁷ Esta reflexión debe ser matizada por el hecho de que, como mencionamos anteriormente, en casi todas los acuerdos celebrados entre los agentes para solucionar las controversias derivadas de una inversión, se establece

Esta situación ha sido puesta en práctica en los múltiples arbitrajes contra nuestro país. Salvo en contadas excepciones,¹⁸ ha sido el mecanismo que más ha sido utilizado por el inversionista y el Estado ha sido el segundo.¹⁹ Lo anterior resulta alarmante debido a que, como expondremos en los siguientes apartados, muestra las deficiencias que posee el marco institucional relacionado, no sólo con los derechos de propiedad de los inversionistas, sino, además, con la legalidad de los actos de autoridad de las agencias gubernamentales nacionales.

A continuación expondremos el panorama general de los procedimientos formulados contra México.

4.2.4. Aproximación a los casos concluidos bajo el Mecanismo Complementario

Hasta la fecha de la elaboración de esta investigación, se tienen un total de veinte procedimientos arbitrales en los que México ha participado como parte demandada. Cada uno de estos se encuentra en diferentes estatus procedimentales, a saber: a) avisos de intención activos;²⁰ b) casos activos,²¹ y c) casos concluidos. De éstos, únicamente los de la tercera clase, en sus respectivas resoluciones, contienen elementos sustanciales sobre la situación del marco institucional, así como la responsabilidad o no responsabilidad.

Asimismo, debemos mencionar que, por lo que respecta a los concluidos, se han resuelto dieciséis: dos, mediante las *Reglas de Arbitraje* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),²² y los catorce restantes, a través de las Reglas del *Mecanismo Complementario* del CIADI. En relación con los resueltos a través del marco institucional de la CNUDMI, tenemos los siguientes: *GAMI*

la posibilidad de recurrir a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; e incluso -como en el caso del APPRI entre México y Francia-, a un tribunal constituido bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

¹⁸ Como exponemos posteriormente, únicamente en dos ocasiones ha sido utilizado un procedimiento distinto al del CIADI.

¹⁹ Como enunciamos en la introducción general, la poca utilización de las leyes de arbitraje de CNUDMI-UNCITRAL fue una de las razones por las cuales utilizamos únicamente las decisiones del *Mecanismo Complementario* del CIADI. Otras razones, fueron: no son administradas directamente por un organismo (como ocurre en el caso del *Convenio de Washington* y del *Mecanismo Complementario*, las cuales son vigiladas por el CIADI), y ha sido más aceptado que el arbitraje de CNUDMI/UNCITRAL.

²⁰ *Lion Mexico Consolidated LP c. los Estados Unidos Mexicanos y Shanara Maritime International, S.A., y Marfield Ltd. Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos.*

²¹ *Telefónica S.A. vs los Estados Unidos Mexicanos* (ICSID Case No. ARB (AF)/12/4).

²² *GAMI Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos, e International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*". Se pueden consultar en http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_Solucion_Controversias_InvEdo.

Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos, que tuvo como objeto la solución de una controversia relacionada con un decreto expropiatorio de los ingenios azucareros.²³ Asimismo, *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, que versó sobre una supuesta afectación a los derechos de propiedad de la demandante, debido a la clausura de tres establecimientos, en su control, por parte de las autoridades respectivas.²⁴

Ahora bien, los catorce restantes han sido resueltos bajo el marco institucional del Mecanismo Complementario. En efecto, cada uno de los arbitrajes ha seguido, salvo las modificaciones expresadas en el propio TLCAN,²⁵ las etapas y formalidades establecidas por las *Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario*.

Así, tenemos los casos iniciados por los siguientes inversionistas: *Robert Azinian and others* (ARB (AF)/97/2), *Metalclad Corporation* (ARB (AF)/97/01), *Waste Management, Inc. I* (ARB (AF)/98/2), *Marvin Roy Feldman Karpa* (ARB (AF)/99/1), *Técnicas Medioambientales, S.A.* (ARB (AF)/00/2), *Fireman's Fund Insurance Company* (ARB (AF)/02/1), *Waste Management, Inc. II* (ARB (AF)/00/3), *Bayview Irrigation District and others* (ARB (AF)/05/1),²⁶ *Corn Products International, Inc.* (ARB (AF)/04/5), *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients* (ARB (AF)/04/5), *Gemplus y Talsud* (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4), *Cargill, Incorporated* (ARB (AF)/05/02), y finalmente, *Abengoa S.A. y Cofides S.A.* (ARB (AF)/09/2).

4.2.4.1. *Robert Azinian and others v. United Mexican States*

Este fue el primer procedimiento arbitral solucionado bajo las disposiciones establecidas en el *Mecanismo Complementario* del CIADI en el que participó el Estado mexicano, en virtud de la cláusula de acceso prevista en el Capítulo XI del TLCAN.

²³ De acuerdo con la ficha técnica, “GAMI Investments argumentó que la manera en que el gobierno mexicano ha conducido su política azucarera y la expropiación de los ingenios azucareros constituyen una violación al TLCAN”. El laudo, favorable para México, fue dictado el 15 de noviembre de 2004.

²⁴ Según la ficha técnica, “(1) a SEGOB los clausuró por tratarse de máquinas de juegos de azar y apuestas prohibidos por la ley mexicana. Thunderbird argumentó que las acciones de la SEGOB eran violatorias del TLCAN. Reclamó una indemnización de 145 millones de dólares”. El laudo fue emitido el 26 de enero de 2006, que declaró la ausencia de responsabilidad por parte del estado mexicano.

²⁵ El artículo 1120(2) establece que las partes utilizarán las reglas acordadas, “...salvo en la medida de lo modificado en esta sección”.

²⁶ En razón de que este caso no aporta elementos relevantes, omitiremos la reseña, baste con enunciar que fue iniciado por diversos distritos de riego estadounidenses, quienes reclamaban que México retenía más agua de la que le correspondía en virtud del TLCAN. La decisión arbitral fue favorable para el Estado mexicano.

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Iniciado en 1996, surgió debido a la terminación anticipada -la rescisión- de un contrato de concesión, celebrado entre el Municipio de Naucalpan de Juárez y la empresa DESONA, y firmado el 15 de noviembre de 1993, después de cumplir con los requisitos legales necesarios. Su objeto principal era el equipamiento y recolección de basura en el área, por parte de la demandante (ARB (AF)/97/2, p. 2 y 3); asimismo, a mediano plazo, la empresa pretendía (*Ibidem*, p. 5, 6):

- a) Fabricar vehículos especializados para recolectar basura y comercializarlos en América Central y del Sur;
- b) Producción de cartón, y
- c) Construcción de plantas generadoras de electricidad a partir de biogases de los rellenos sanitarios.

Según los demandantes, el comportamiento del municipio, reflejado en la conclusión del contrato, y legitimado por la entidad federativa y la federación,²⁷ violentaba el principio de “Nivel Mínimo de Trato”,²⁸ así como el de “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, p. 5). Por ello, se pretendía una indemnización de US\$20, 000, 000, sin incluir los intereses y los gastos del procedimiento (*Ibidem*, pp. 23-25).

Por su parte, los demandados argumentaron que la terminación fue realizada debido al incumplimiento, por parte de la demandante, de las transacciones realizadas entre las partes; por ejemplo, el compromiso de recolectar la basura y desechos sólidos con vehículos de tecnología de punta (*Ibidem*, p. 5). Según el tribunal arbitral, esta obligación, junto con las otras, excedía, en mucho, la capacidad financiera de la empresa (p. *Ibidem*, p. 32)

Finalmente, a través del laudo, dictado el 1 de noviembre de 1999, tribunal arbitral decidió que el municipio no había incurrido -como tampoco San Luis Potosí, ni la federación, a través de sus respectivos órganos jurisdiccionales- en violación alguna a los principios descritos en la demanda; en su lugar, expresaron que dicho acto fue consecuencia de un mero

²⁷ Los demandantes afirmaban que los tribunales de San Luis Potosí, así como los federales, incurrían en responsabilidad debido a que habían legitimado, a través de sus decisiones judiciales, el comportamiento del municipio. La cronología de los acontecimientos puede verse en *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/2, pp. 3-24).

²⁸ Sobre su explicación, véase el Capítulo III, apartado 3.4.2.2.3.

incumplimiento del contrato (*Ibidem*, p. 27), situación no considerada como violatoria de las disposiciones del TLCAN.²⁹ En consecuencia no impusieron indemnización alguna.

4.2.4.2. *Metalclad Corporation v. United Mexican States*

Comenzó en enero de 1997. El 23 de enero de 1993, el gobierno de México, a través del Instituto Nacional de Ecología (INE), autorizó a la empresa “Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A de C.V. (COTERIN), la construcción y operación de una planta de residuos sólidos en el Municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí. Ese mismo año, el 11 de mayo, el Estado otorgó el permiso estatal de uso de suelo para la construcción del inmueble, “...y se adjuntó la Declaración General de que la licencia no prejuzgaba los derechos o la propiedad del solicitante y no autorizaba trabajos, construcciones, o el uso del inmueble” (ARB (AF)/97/01, p. 13).

El 10 de septiembre de 1993, COTERIN fue adquirida, junto con los permisos y licencias para la construcción del confinamiento, por ECONSA, empresa de la cual, Eco-Metalclad Corporation,³⁰ era propietaria (*ibidem*, p. 14).

Un primer acto de autoridad, supuestamente ilegal, se suscitó el 26 de octubre de 1994, cuando el municipio ordenó la clausura de la construcción, argumentando que la demandante con contaba con el permiso expedido por el ayuntamiento. Por recomendación de las autoridades federales, Metalclad solicitó el permiso respectivo y, durante el procedimiento de emisión del permiso, se continuó con la obra, finalizándola el 10 de marzo de 1995, con un evento de puertas abiertas, a la cual acudieron autoridades de los tres niveles de gobierno (*ibidem*, p. 14, 15).³¹ Meses después, la empresa suscribió un acuerdo con autoridades mexicanas por el cual se establecía y permitía, cumpliendo ciertos requisitos, la operación del confinamiento (*Ibidem*, p. 16).³²

Sin embargo, el 5 de diciembre de 1995, el municipio notificó a Metalclad la negativa de otorgar el permiso de construcción; la solicitud de reconsideración también fue rechazado.

²⁹ Al respecto, el tribunal declaró que “(e)l TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de (actos), y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo (ARB (AF)/97/2, p. 27).

³⁰ Esta empresa fue constituida de acuerdo a las leyes del Estado de Delaware (ARB (AF)/97/01, p. 4).

³¹ A saber: federal, local y municipal.

³² El convenio, celebrado con la Procuraduría Federal del Medio Ambiente y con el Instituto Nacional de Ecología, condicionaba el permiso a la realización de una auditoría, por la cual se comprobaba el cumplimiento del marco institucional respectivo (ARB (AF)/97/01, p. 16).

Finalmente, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador emitió un Decreto Ecológico por el cual se declaraba como área natural, para la protección de un cactus único, la superficie del confinamiento. De esta manera, por medio del decreto, los activos -es decir, los derechos de operación del confinamiento- quedaban totalmente inutilizables (*Ibidem*, p. 18 y 19),³³ lo que equivalía a una pérdida en razón de la especificidad de éstos.

La reclamación de Metalclad se basaba en un supuesto incumplimiento al principio de “Trato Justo y Equitativo”, así como el de “Expropiación e Indemnización” (*ibidem*, pp. 24-32). Por ello, solicitaba un pago, por concepto de reparación, valuado por medio de dos alternativas: el primero, consistía en efectuar la actualización de los flujos de fondos de futuras ganancias, para establecer el valor justo de mercado de la inversión (alrededor de US\$90 millones); el segundo, en valorar la inversión real de Metalclad en el confinamiento (de US\$20 millones a US\$25 millones, aproximadamente), además de otros pagos adicionales, como intereses y gastos del procedimiento (*ibidem*, pp. 32, 33).

Finalmente, el tribunal decidió que el Estado mexicano, a través de sus organismos, había incurrido en responsabilidad, al violentar los principios enunciados anteriormente.³⁴ En consecuencia, ordenaba a nuestro país al pago de US\$ 16, 685, 000. 00, más intereses calculados al 6% anual (*ibidem*, p. 38).

Posteriormente, México impugnó el laudo en ante la Corte Suprema de Columbia Británica, Canadá.³⁵ La sentencia fue emitida el 2 de mayo de 2001. En ella, se establecía que, si bien el tribunal se había excedido en sus facultades, también lo era que el decreto ecológico, por medio del cual impidió la utilización del confinamiento, era una “medida equivalente a expropiación”.

Por último, el 26 de octubre de 2001, las partes dieron por terminada la controversia mediante la firma de un convenio “...mediante el cual se pagó una indemnización por \$16,

³³ Según lo escrito en el laudo arbitral, un alto funcionario expresó que, con el Decreto quedaba alejada “...toda posibilidad para la firma Metalclad de los Estados Unidos para operar esta área de confinamiento, independientemente de lo que suceda en su demanda ante los tribunales arbitrales del TLCAN” (*Ibidem*, p. 18 y 19).

³⁴ Es interesante el razonamiento que el tribunal hace, en relación con la responsabilidad del Estado por causa del Municipio (Guadalajara) y del Estado (San Luis Potosí). Su reflexión parte de un enfoque basado en las organizaciones, tal y como las explica Oliver Williamson, es decir, como una estructura jerárquica. La reflexión en torno a la responsabilidad estatal puede verse en (*Ibidem*, pp. 23 y 24).

³⁵ La impugnación se realizó en este lugar debido a que las partes establecieron este país como sede del arbitraje.

002, 433.00 dólares y un contrato por el que se transmitió al gobierno federal la propiedad del inmueble”.

4.2.4.3. Waste Management, Inc. v. United Mexican States I

Tuvo comienzo en noviembre de 1998. La reclamación tuvo como origen la suspensión de pagos, derivados del supuesto incumplimiento, por parte de ACAVERDE, de las condiciones establecidas en un contrato de concesión para la recolección de basura y operación de un relleno sanitario en el municipio de Acapulco, Guerrero (ICSID Case No. ARB (AF)/98/2, p. 19).³⁶ Esta situación, desde la perspectiva de los demandantes, se traducía en una violación al principio de “Nivel Mínimo de Trato”, así como al de “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, p. 4).

Después de la realización de la presentación de las pruebas en el desarrollo del procedimiento, el tribunal decidió que no estaba facultado -es decir, que carecía de jurisdicción- para resolver el fondo de la controversia, debido a que ACAVERDE tenía tres procedimientos ventilados en los tribunales nacionales para solucionar la misma controversia; situación que, de acuerdo con el artículo 1121 TLCAN, se encuentra prohibida. Por otra parte, ordenó a la demandante al pago de costas relacionados con el arbitraje (*ibídem*, p. 24).

4.2.4.4. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States

Inició en mayo de 1999. La controversia inició a partir de la denegación, por parte de las autoridades fiscales mexicanas, de devolver los impuestos relacionados con la exportación de cigarras a CORPORACIÓN DE EXPORTACIONES MEXICANAS, S.A. (CEMSA), empresa que se dedicaba a la reventa de tales productos (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, p. 5). La medida, establecida a través de una serie de reformas al marco institucional en la materia,³⁷ se llevó a cabo en tres momentos:

³⁶ Las partes demandadas, fueron tres: el BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS S.N.C. (BANOBRAS), el estado de Guerrero y el municipio de Acapulco de Juárez (*ibídem*, p. 4). Como mencionamos en el caso anterior, en este también se utiliza un criterio basado en las estructuras jerárquicas -a las que se refiere Williamson- de los órganos públicos para determinar la probable responsabilidad del Estado mexicano.

³⁷ En particular, la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1980.

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

- a) La primera, con una reforma en 1991, con la que se estipulaba que únicamente los productores de cigarros serían beneficiarios de las devoluciones. Esta medida fue eliminada (derogada) con una nueva reforma el 1º de enero de 1992, con la que se establecía que cualquier exportador tenía derecho a las devoluciones (*Ibidem*, pp. 4, 5);
- b) La segunda, establecida en enero de 1993, determinaba que para poder acceder a la devolución, las empresas debían presentar las facturas con el impuesto desglosado; facturas que, dada la naturaleza fiscal de las transacciones de CEMSA, no podía obtener. La medida fue declarada inconstitucional, través de un sentencia de amparo emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*ibidem*, p. 6, 7),³⁸ y
- c) Finalmente, a través de un nueva reforma a la Ley, publicada el 1º de diciembre de 1997, se prohibía, de manera expresa, la devolución del impuesto a los revendedores (como era el caso de CEMSA); de igual manera, la reforma obligaba a los exportadores a inscribirse en el Padrón Sectorial de Exportaciones para recibir las respectivas devoluciones. Por ello, el negocio de la demandante quedaba, económicamente, impedido (*ibidem*, pp. 7 y 8).

Por tales medidas, CEMSA argumentó que había sufrido una violación al principio de “Trato Nacional”, “Nivel Mínimo de Trato” y “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, pp. 35-90). Por ello, solicitaba una indemnización de MX\$ \$303, 819, 391, más intereses, y gastos del procedimiento (*ibidem*, p. 91).

La decisión del tribunal arbitral, determinaba que, si bien no hubo violación al principio de “Expropiación e Indemnización”, sí lo hubo en cuanto al principio de “Trato Nacional”. Por tal razón, ordenaba el pago de MX\$ 9, 464, 627.50 por concepto de indemnización, más MX\$7, 496, 428.27 por concepto de intereses emitidos hasta la fecha de emisión de laudo, más los intereses devengados hasta el pago del total del monto (*ibidem*, p. 100).

³⁸ A grandes rasgos, un juicio de amparo es un procedimiento judicial mediante la cual un Tribunal decide sobre la constitucionalidad -o inconstitucionalidad- de un acto de algún agente público o gubernamental; es decir, por un perjuicio ocasionado por una conducta violatoria de los derechos fundamentales establecidos en la constitución. En este caso, el propio laudo describe que la Suprema Corte determinó que a medida violaba los principios de “Equidad Tributaria” y “No Discriminación” (ARB (AF)/99/1, pp. 6, 7).

El 14 de marzo de 2003, México impugnó la decisión en los tribunales Ontario, Canadá, pero se confirmó el laudo. Posteriormente, interpuso un recurso de apelación en el Tribunal Superior, la cual fue desechada.

Finalmente, la disputa se dio por terminada mediante la suscripción de un convenio por el que se acordaba una indemnización global de MX\$18, 563, 101, 90; de esa manera, se dio por terminada la disputa.

4.2.4.5. Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States

Tuvo su origen en agosto de 2000. El objeto de la controversia tuvo relación con los derechos de propiedad relacionados con ciertos “...terrenos, construcciones y otros activos”, ubicados en el Municipio de Hermosillo, Sonora, donde se encontraba instalado un confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos; éstos fueron adquiridos por TECMED a través de la firma denominada CYTRAR, mediante licitación, adjudicada el 16 de febrero de 1996 por las autoridades correspondientes (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, p. 167).

La operación de dicho confinamiento funcionaba mediante una autorización emitida por el Instituto Nacional de Ecología, la cual debía ser aprobada anualmente (*ibídem*, p. 168).

El 19 de noviembre, la empresa solicitó una nueva autorización; sin embargo, dicha solicitud fue rechazada por el INE, a través de la resolución respectiva (*ibídem*, p. 169). En consecuencia, CYTRAR, quedaba sin posibilidad de disponer de los activos específicos relacionados con su inversión.³⁹

Por lo anterior, el demandante alegó una violación al APPRI celebrado entre México y España; en particular, aseguraba que se habían violado al Principio de “Trato Nacional” y de “Expropiación de Indemnización”, así como el de “Promoción y Admisión de las Inversiones”, “Protección de Inversiones”, “Trato Justo y equitativo”, y “Tratamiento Más favorable” (*ibídem*, p. 206), y solicitó una indemnización de US\$ 52,000.000, más los intereses acumulados (*Ibídem*, p. 263).

Después de realizar en análisis de todas las pruebas, y concluidas las etapa del procedimiento, el Tribunal decidió que, en efecto, el Estado mexicano había violado las

³⁹ Sobre el estudio de la especificidad de activos desde la Nueva Economía Institucional, véase el Capítulo I, apartado 1.5.3.2., en el cual, al estudiar la obra de Oliver Williamson, destacamos el estudio que, al respecto, realiza. De igual manera, véase el Capítulo III, apartado, 3.3.2., donde analizamos la relación del CIADI y los costes de transacción, los cuales surgen a partir de la pérdida de valor de los activos de los inversionistas.

“reglas del juego” relacionadas con el principio de “Trato Justo y Equitativo”, así como el de “Trato Nacional”. Por ello, ordenaba a nuestro país al pago de US\$ 5, 533, 017.12, más un interés compuesto, capitalizable anualmente, y una tasa de 6% anual (*ibidem*, p. 271). De igual manera, ordenaba que cada una de las partes sufragara sus propios gastos y, de manera conjunta, pagasen los honorarios de los miembros del Tribunal (*Ídem*).

4.2.4.6. *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States*

Este procedimiento resulta de sumo interés, en virtud de que fue el primero que se presentó por una supuesta violación al Capítulo XIV del TLCAN, el cual se refiere a los “Servicios Financieros” (ARB (AF)/02/1, p. 4). Sin embargo, fue resuelto ante el CIADI porque, como bien se manifiesta en el laudo:

(l)as disposiciones que sobre expropiación, contiene el TLCAN en su Capítulo Once, incluyendo las disposiciones relativas a procedimientos arbitrales inversionista-Estado, fueron hechas aplicables a demandas fundamentadas en el Capítulo Catorce... (*Ibidem*, p. 4 y 5).

Iniciado en enero de 2002, este arbitraje tuvo como objeto la solución de una controversia surgida a partir de una supuesta afectación a los derechos de propiedad a Allianz México, firma de la que Fireman's era subsidiaria (*Ibidem*, p. 6),⁴⁰ por el Gobierno mexicano; en particular, por un Grupo de Trabajo presidida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y conformada por miembros del Banco de México la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y del Fondo Bancario para la Protección del Ahorro (FOBAPROA, después IPAB) (*Ibidem*, p. 18).⁴¹

Mediante un contrato celebrado el 20 de septiembre de 1995, Allianz México se asoció, a través de una estructura *Join Venture*, con Grupo Financiero Bancrecer (en adelante, GFB). Su intención era el fortalecimiento de su presencia en el mercado de seguros

⁴⁰ Sobre los datos de las partes, véase (ARB (AF)/02/1, pp. 7 y 8).

⁴¹ En aquella época, el llamado FOBAPROA (después IPAB), funcionaba como intermediario para que el Estado mexicano, a partir de diversas políticas monetarias, participara el proceso de saneamiento del sector financiero mexicano. En este sentido, a través del Programa de Capitalización y Compra de Cartera, “...el Gobierno, a través de FOBAPROA, tomó portafolios de deuda no-pagadera, de bancos participantes, a cambio de la emisión de pagarés generadores de interés, emitidos por el FOBAPROA, pagaderos a 10 años y garantizados por el Gobierno” (*ibidem*, p. 18).

mexicano, ofreciendo sus diversas variedades, por ejemplo, contra accidentes, automóviles, de vida, de casa-habitación, entre otros (*Ibidem*, pp. 19-21).

Debido al deterioro, cada vez mayor, de Bancrecer, GFB y Alianz México, bajo la asesoría de JP Morgan, desarrollaron un “Plan de Recapitalización” para el saneamiento de las finanzas de la organización bancaria. En el mismo, se acordaron, entre otros aspectos, el aumento de su capital social obtenido, principalmente, a través de la importación de capitales; también quedó estipulado que, de no concretarse dicho plan, la inversión realizada por FFIC sería devuelta en un 50 por ciento (*Ibidem*, p. 27).⁴²

Sin embargo, por diversos problemas relacionados con la legalidad del propio acuerdo, el Plan de Recapitalización no fue llevado a cabo; en consecuencia, FFIC solicitó, mediante una carta suscrita el 5 de abril de 1999, la liquidación de su inversión en los términos supuestamente acordados, es decir, con la liquidación por US\$25, 000, 000. Dicha transacción sería realizada a través de la recompra de las obligaciones correspondientes, por medio del GFB (*Ibidem*, p. 36-38).

La solicitud fue rechazada por el Banco de México, quien argumentó que “el pago anticipado” de obligaciones convertibles no estaba permitido bajo la ley mexicana (*Ibidem*, p. 39); por otra parte, en razón de que el marco institucional ordenaba el proceso de liquidación de dicha entidad, el 3 de noviembre de 1999, los accionistas de GFB acordaron lo siguiente: a) el IPAB tomaría el control de BanCreceer; b) BanCreceer dejaría de ser una sociedad subsidiaria de GFB, y c) que GFB entraría en disolución y posteriormente se liquidaría (*Ibidem*, p. 43). Con esta decisión, FFIC perdería la totalidad de su inversión.

Por tales acciones, la demandante argumentaba una violación al principio de “Trato Nacional”,⁴³ “Nivel Mínimo de Trato, así como de “Expropiación e Indemnización”, y solicitaba una indemnización de US\$ 50, 000, 000, más los intereses respectivos (*Ibidem*, p. 8).

Después de escuchar a las partes, y concluidas las etapas del procedimiento, el Tribunal arbitral decidió que no había existido violación alguna -en particular, al “Principio

⁴² Al respecto, en el laudo se transcribe el siguiente acuerdo: “(e)l nuevo socio extranjero tendría que contribuir E.U.\$ 200 millones en capital. FFIC (Allianz) atraería al nuevo socio estratégico extranjero. Si no lo lograra, el Gobierno repagaría a FFIC E.U. \$ 25 millones de los E.U. \$ 50 millones de Obligaciones” (*Ibidem*, p. 26).

⁴³ Este principio se encuentra establecido, tanto en el artículo 1110, como 1405, del TLCAN. Sin embargo, en el segundo caso, es aplicado al tratamiento de las inversiones en materia de servicios financieros. Sobre la relación entre el Capítulo XI (inversiones) y XIV (“Servicios Financieros”), véase (*Ibidem*, pp. 4, 5).

de Trato Nacional”- por parte de las autoridades enunciadas anteriormente. Por tal razón rechazaba cualquier tipo de indemnización en favor de FFIC (*Ibidem*, p. 98).

4.2.4.7. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States II*

Este procedimiento puede considerarse como la continuación de Waste Management I, debido a que tiene como objeto la solución de la misma controversia. Sin embargo, los argumentos supuestamente violentados son, en cierta medida, distintos. A continuación expondremos, brevemente, sus principales puntos.

Comenzó en noviembre de 2000 y tuvo como objeto la solución de una controversia surgida a partir de la suspensión de pagos derivados de un contrato de concesión celebrado, el 9 de febrero de 1995, con el municipio de Acapulco, Guerrero (ICSID Case No. ARB (AF)/02/1, p. 17).

El acuerdo fue suscrito con el objeto de que Aca Verde (empresa de la cual Waste Management era propietaria), prestara, de manera exclusiva, el servicio de recolección de basura y limpieza de calles, así como de la operación de un relleno sanitario, en la zona comercial y residencial del municipio. A cambio, cobraría al Ayuntamiento una tarifa mensual por tales servicios; de igual manera, de acuerdo al marco institucional relacionado con el servicio público de limpia, las personas y empresas tenían la aparente obligación de contratar los servicios de Aca Verde (*Ibidem*, pp. 17-19).

Si bien se realizaron algunos pagos, tanto por el Ayuntamiento como por el Banco Nacional de Obras (BANOBRAS),⁴⁴ éstos fueron suspendidos definitivamente debido a que Aca Verde había incumplido con sus obligaciones; al respecto, el municipio envió una carta a BANOBRAS 11 de septiembre de 1996, donde “...le solicitaba que no hiciera más pagos mediante la Línea de Crédito bajo amenaza de demandarlo si lo hacía”.⁴⁵

⁴⁴ De acuerdo al contrato celebrado, en caso de que el municipio no realizara el pago, BANOBRAS lo haría de manera subsidiaria, “en el caso de que el Ayuntamiento enfrente problemas temporales de liquidez que le impidan cumplir con dichas obligaciones” (*Ibidem*, p. 19 y 20).

⁴⁵ Desde una perspectiva neoinstitucional, podemos mencionar que en el laudo arbitral se expone que, el supuesto incumplimiento, se debió a las deficiencias del marco institucional relacionado (En particular, el *Reglamento del Servicio Público de Limpia*), así como la inexistencia de los mecanismos de control para evitar conductas de otros agentes, las cuales pueden considerarse como oportunistas (*free rider*). En efecto, según queda establecido, la empresa no pudo llevar a cabo sus actividades en razón de que grupos económicos (por ejemplo, porcicultores, recolectores privados de basura y “piratas”, personas dedicadas a recolectar o tirar basura en el confinamiento administrado por Aca Verde (*Ibidem*, p. 22 y 23).

Por lo anterior, la empresa demandante consideraba que se había violentado el principio de “Nivel Mínimo de Trato”, así como el de “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, p. 3); en consecuencia, solicitaba una indemnización de más de US\$ 36, 000, 000, además de los intereses y costes procesales del arbitraje (*Ibidem*, p. 31).

En el laudo arbitral, el tribunal decidió, de manera similar a lo ocurrido con el caso *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/2),⁴⁶ la suspensión de pagos se debía a una rescisión del contrato, en virtud del incumplimiento a lo acordado por las partes; en consecuencia, las acciones no podían considerarse como violatorias de los principios enunciados (ARB (AF)/00/3, p. 81).

4.2.4.8. Corn Products International, Inc. v. United Mexican States

Inició en enero de 2004, y tuvo como objeto la solución de una controversia derivada de supuestos actos arbitrarios, por parte del Estado mexicano, que perjudicaron los derechos relacionados con la inversión de Corn Products International Inc., empresa constituida de acuerdo a las leyes del Estado de Delaware, EUA (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, p. 4).

A finales de 1997, esta firma aumentó su producción de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa (en adelante, JMAF) para participar en el mercado de refrescos, siendo utilizado como un edulcorante que tenía “...una ventaja competitiva con respecto a azúcar, pues era generalmente más barato y se suministraba en forma líquida, siendo por lo tanto más conveniente su utilización” (*Ibidem*, p. 16).

Por la inclinación de los productores de refrescos a utilizar JMAF, la demanda de azúcar descendió abruptamente, ocasionando un superávit del producto. La situación se complicó más debido a que Estados Unidos impedía la exportación a su territorio. Por lo anterior, y con la intención de “proteger” las fuentes de empleo del sector, el gobierno tuvo que intervenir mediante la expropiación directa de diversos ingenios azucareros (*Ibidem*, p. 20).

⁴⁶ Véase el apartado respectivo.

Para solucionar el problema, México solicitó a Estados Unidos un procedimiento de solución de controversias, bajo los lineamientos del capítulo XX del TLCAN;⁴⁷ solicitud que éste país no aceptó (*Ibidem*, p. 21).

Debido a las presiones de diversos sectores sociales, en diciembre de 2001, el Congreso de la Unión reformó el marco institucional en materia fiscal⁴⁸ para establecer un impuesto del 20% a los productores de refrescos, del cual quedarían exentos aquellos que utilizaran edulcorantes derivados directamente de la caña de azúcar (*Ibidem*, p. 21, 22). Con dicha medida, el coste de producción del JMAF aumentó de manera artificial, en consecuencia, y siendo *bienes sustitutivos*, fue desplazado por el azúcar de caña (p. 23).

Por lo anterior, Corn Products argumentó, como mencionamos anteriormente, que estos actos ocasionaron un perjuicio a la eficiente disposición de los derechos derivados de su inversión, en particular, por la violación al Principio de “Trato Nacional”, “Requisitos de Desempeño”, y “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, p. 7). En consecuencia, y aunque el impuesto fue derogado en 2006, solicitaba la reparación del daño (*ibidem*, p. 25).

De las supuestas violaciones enunciadas por la empresa demandante, el Tribunal aceptó, únicamente, la relacionada con el Principio de “Trato Nacional”; por tal razón, decidía que el Estado mexicano había incurrido en responsabilidad internacional, y debía pagar la correspondiente indemnización, la cual habría de ser determinada en un fase posterior al procedimiento (*ibidem*, p. 97).

4.2.4.9. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States

También inició en enero de 2004. El motivo de la controversia se derivaba de los mismos actos estatales enunciados en la reseña del caso anterior, es decir, de la modificación al marco institucional para contrarrestar el desplazamiento de la demanda de azúcar, por el JMAF, en la elaboración de refrescos y jarabes endulzados (ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, p. 4); de manera más específica, argumentaban que la reforma a la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, publicada el 31 de diciembre de 2001 -y derogada el 1º de enero de

⁴⁷ Este Capítulo prevé un mecanismo de solución de controversias, en relación con algún supuesto incumplimiento de las disposiciones del TLCAN, entre los países suscriptores; es decir, México, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica.

⁴⁸ En particular, la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*.

2007- y por la cual se establecía, entre otros aspectos relacionados, un impuesto del 20% sobre la venta e importación de refrescos y jarabes endulzados con JMAF (*Ibidem*, pp. 31-35).

Según la posición de los demandantes, esta medida ocasionaba serios perjuicios en la posibilidad de disponer adecuadamente de sus activos, debido a que se infringían los principios de “Trato Nacional”, “Requisitos de Desempeño” y “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, pp. 42, 43); por tal razón, solicitaba la respectiva indemnización, por concepto de reparación del daño y gastos del arbitraje (*Ibidem*, p. 4).

De la misma manera que en el procedimiento anteriormente descrito, el tribunal manifestó que el Estado mexicano había incurrido en responsabilidad por el daño ocasionado en los derechos de propiedad de los inversionistas; sin embargo, a diferencia del anterior, consideró que se había violado, además del principio de “Trato Nacional”, también lo había hecho por lo que se refiere a los “Requisitos de Desempeño” y “Expropiación e Indemnización”. Por tal razón, ordenaba una indemnización hacia los demandantes por una cantidad de US\$ 33, 510, 091, más los intereses respectivos (*Ibidem*, p. 102).

4.2.4.10. Gemplus y Talsud v. United Mexican States

Este caso, uno de los más extensos y, por ello, más complejos,⁴⁹ comenzó en marzo de 2005, por cuatro empresas: Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V., y Talsud S.A.; las tres primeras, son subsidiarias, y la segunda, es una firma independiente (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, p. 11). El 10 de agosto de 2004, Gemplus y Talsud enviaron al CIADI las solicitudes respectivas para acceder al arbitraje regulado por el *Mecanismo Complementario*.

Mediante la publicación, el 2 de junio de 1998, de la *Ley del Registro Nacional de Vehículos*, el gobierno federal creó el Registro Nacional de Vehículos (RENAVE), un organismo que tenía por objeto gestionar, mediante la concesión a una empresa privada, un sistema de datos relacionados con vehículos, esto con la intención de “...proteger la propiedad

⁴⁹ Al respecto, el propio laudo arbitral expuso lo siguiente: “(e)ste caso es complejo tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico...”. En otras palabras, el tribunal argumentó que la complejidad radica, tanto en el análisis de los hechos, como en el del propio marco institucional y jurídico (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, p. 155).

de los ciudadanos mexicanos, brindar seguridad a las operaciones comerciales respecto de los vehículos y evitar el comercio ilegal...” (*Ibidem*, p. 56).

La concesión para operar dicho registro fue entregada al consorcio formado por las demandantes,⁵⁰ el 6 de septiembre de 1999, y se suscribió el contrato el 15 de ese mismo mes (*Ibidem*, p. 63), comenzado, por la existencia de costes menores, con el registro de autos nuevos (*Ibidem*, p. 71, 72). Sin embargo, por lo que respecta a la inscripción de vehículos nuevos, surgieron diversas situaciones adversas, las cuales pueden clasificarse en económicas, legales y políticas; adversidades económicas, debido a que dicho registro tenía un coste, el cual fue considerado como una especie de impuesto arbitrario, es decir, sin un tabulador exacto (*Ibidem*, p. 81-84); legales, porque la detención de uno de los directivos sugirió un probable manejo inadecuado de las bases de registro (*Ibidem*, p. 94), y políticas, por la falta de colaboración de las entidades federativas, para colaborar con dicho registro (*Ibidem*, p. 84).

Lo anterior -principalmente, las adversidades de naturaleza legal- dio como resultado, en primer lugar, una intervención de naturaleza técnica para supervisar las operaciones de la concesionaria (*Ibidem*, pp. 95-100), y, en segundo, dos de tipo administrativo, las cuales tuvieron por objeto disipar la “...incertidumbre entre los usuarios del servicio y el público en general, respecto de la confidencialidad de la información contenida en la base de datos del Registro Nacional de Vehículos” (*Ibidem*, p. 108, 109).⁵¹

Debido a las supuestas irregularidades planteadas por los interventores, el 25 de junio de 2001, fue *requisado* el mecanismo de operación del RENAVE (*Ibidem*, p. 126),⁵² mientras que, el 13 de diciembre de 2002, se revocó la concesión (*Ibidem*, p. 130).

Por lo anterior, los demandantes reclamaron un daño a sus respectivos derechos de propiedad debido a la violación al principio de “Expropiación e Indemnización”, “Trato Justo y Equitativo”, “Trato de Nación Más Favorecida”, así como “Protección y Seguridad Plenas”

⁵⁰ Además de Gemplus y Talsud, el consorcio también fue integrado por el señor y el Sr. Henry Davis, seleccionado “...por su reputación como empresario exitoso en México” (*Ibidem*, p. 64).

⁵¹ La primera intervención fue a partir del 15 de septiembre de 2009, mientras que la segunda fue el 14 de abril de 2001. Ambas tuvieron como objeto controlar el funcionamiento del Registro. Los detalles pueden verse en (*Ibidem*, pp. 108-126).

⁵² La requisa tiene naturaleza similar a la expropiación. Puede definirse como un acto, de naturaleza gubernamental, por el cual las autoridades solicitan la transferencia de los activos de un agente privado -bienes, servicios, derechos- por razones de orden público. Algunos aspectos sobre este término fueron explicados en el Capítulo III, apartado 3.4.2.1.

(*Ibidem*, p. 13); y reclamaban, además de la declaración de responsabilidad, una indemnización de US\$ 37, 000, 000, más intereses y gastos procesales (*Ibidem*, p. 13, 14).

Tras la revisión, etapa por etapa, de los argumentos de las partes, el Tribunal arbitral consideró que, en efecto, el Estado mexicano había infringido el principio de “Trato Justo y Equitativo” y “Expropiación e Indemnización”, por lo que se le ordenó pagar a Gemplus la cantidad de US\$ 8, 725, 753; mientras que, a Talsud, US\$12, 232, 628, incluyendo los intereses y gastos derivados del procedimiento (*Ibidem*, pp. 422 y 423).

4.2.4.11. *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*

Fue iniciado en agosto de 2005. Este procedimiento fue originado por las mismas causas por las que Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas (ARB (AF)/04/5) y Corn Products International, Inc. (ARB (AF)/04/01) solicitaron el acceso al *Mecanismo Complementario*, es decir, debido a las medidas gubernamentales implementadas para la protección del sector azucarero, ante su inminente desplazamiento, por el JMAF.

Si bien hemos desarrollado los principales aspectos que provocaron la controversia, debemos recordar que surgieron por reformas al marco institucional en materia fiscal; en particular, por la de 31 de diciembre de 2001, con la cual se “...introducía un impuesto del 20% a la transferencia interna o la importación de refrescos carbonatados y algunas otras bebidas, jarabes, polvos y concentrados...”, aplicado a “...todos los productos que contuvieran edulcorantes distintos del azúcar de caña, lo que significaba que la presencia de cualquier cantidad de JMAF en una bebida era suficiente para desencadenar la aplicación del impuesto (ICSID Case No. ARB (AF)/05/2, p. 34)”. El cumplimiento de esta disposición sería demostrado con un permiso de importación, expedido por la Secretaría de Economía (*Ibidem*, p. 38).

Por lo expuesto, Cargill argumentaba una violación al principio de “Trato Nacional”, “Trato de Nación Más Favorecida”, “Nivel Mínimo de Trato”, “Requisitos de Desempeño” y “Expropiación e Indemnización” (*Ibidem*, pp. 5-7), y solicitaba una indemnización por concepto del daño a la disposición de sus activos, desde la implementación de las medidas (*Ibidem*, p. 160).

Agotado todo el procedimiento, el tribunal determinó que, efectivamente, el Estado mexicano había violado el principio de “Trato Nacional”, “Nivel Mínimo de Trato” y

“Requisitos de Desempeño”. Para reparar las afectaciones, ordenaba una indemnización inmediata de US\$ 77, 329, 240, más los intereses y los gastos completos del procedimiento (*Ibidem*, p. 189).

4.2.4.12. *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*

Como puede apreciarse, *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*, iniciado en diciembre de 2009, ha sido, hasta la fecha de elaboración de este estudio, el último arbitraje concluido. Posee ciertas similitudes con *Metalclad (ARB (AF)/97/01)*,⁵³ en particular, por la presión social que existió para que las autoridades efectuaran las medidas violatorias, tanto antes como después del acto ilícito.⁵⁴

Después de un análisis del mercado relacionado con el tratamiento de residuos sólidos, *Abengoa y Cofides* presentaron a diversas autoridades un proyecto para la construcción de una nueva planta, para competir, de manera directa, con la única existente, a saber: *Residuos Industriales Miltiquim S.A.*, que operaba al norte del país (*ARB (AF)/09/2*, pp. 31-34).

Previo obtención de las licencias y permisos respectivos, y después de los estudios sobre el impacto ambiental, en septiembre de 2006, a través de firma *Sistemas de Desarrollo Sustentable* (en adelante, *SDS*), la cual fue constituida para la operación del plan, comenzó la construcción de la planta, en el Municipio de Zimapán, Estado de Hidalgo (*Ibidem*, pp. 37). Desde esta etapa, el proyecto no fue bien recibido por los vecinos, quienes, a través de múltiples protestas, comenzaron con una campaña en su contra, pues consideraban que, su instalación, “...representaba un riesgo para la población” (*Ibidem*, p. 37, 38). El riesgo de enfrentamientos más graves provocó, que el 4 de diciembre de 2007, *SDS* decidiera suspender la construcción (*Ibidem*, pp. 39, 40).

Previo a esta decisión, el 26 de noviembre, *SDS* solicitó una prórroga al municipio para construir la planta, que fue rechazada el 11 de diciembre “...hasta que restableciera la paz social en el municipio” (*Ídem*). Posteriormente, el 21 de diciembre envió una segunda solicitud, y, el 5 de febrero de 2008, una tercera, las cuales fueron rechazadas (*Ibidem*, p. 41, 42). Ante la negativa, la empresa inició el procedimiento arbitral. De manera paralela, solicitó

⁵³ Véase el apartado 3.3.1.2.

⁵⁴ Como demostraremos en el apartado 4.5., esta presión social ejercida demuestra, hasta cierto punto, que el Estado ha sido utilizado como instrumento de un grupo social para obtener beneficios, en perjuicio de otros.

al municipio dos reposiciones de los días perdidos por los enfrentamientos; una vez concedidas, continuaron con la obra para concluir la construcción (*ibidem*, pp. 41-45).

Posteriormente a la notificación y aceptación del procedimiento arbitral, siguieron diversos hechos, de los que pueden destacarse los siguientes:

- El 6 octubre de 2008, el presidente municipal en turno otorgó la licencia de funcionamiento de la planta (*Ibidem*, p. 45);
- El 9 de noviembre de ese mismo año, se revoca, por primera vez, la licencia de funcionamiento. Mediante un procedimiento de amparo, resuelto el 6 de noviembre de 2009, se suspendieron los efectos de la revocación (*Ibidem*, p. 46-52);
- El 12 de marzo de 2010, se revoca nuevamente la licencia, argumentando violaciones constitucionales e irregularidades en el otorgamiento de la licencia (*Ibidem*, p. 52);
- Los demandantes adicionan otra reclamación, alegando una negativa, por parte de las autoridades fiscales, de realizar las devoluciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA) (*Ibidem*, p. 53);
- Después de una revisión de las instalaciones, realizada el 3 de junio de 2011, autoridades municipales decidieron suspender temporalmente las actividades; suspensión que se revocó por una recomendación del tribunal (*Ibidem*, p. 53, 54), y
- El 19 de julio de 2011, en una resolución, el ayuntamiento determinó que SDS era infractora de la legislación ambiental; en consecuencia ordenaba: a) la clausura definitiva de la planta; b); retirar los residuos peligrosos ya introducidos; c) el embargo de las instalaciones; d) el pago de una multa administrativa, y e) pago al municipio por daños al medio ambiente (*Ibidem*, p. 54, 55).⁵⁵ Esta decisión fue objeto de una segunda reclamación adicional, enviada al CIADI el 5 de septiembre de 2011 (*Ibidem*, p. 56).

Por lo anterior, las demandantes argumentaron una violación al principio de “Nivel Mínimo de Trato” y “Expropiación e Indemnización”, y solicitaban el pago de una indemnización de MX\$ 846, 440, 330.41, por concepto de daños, incluyendo gastos adicionales (*Ibidem*, pp. 61-96).

⁵⁵ Por lo que se refiere a la multa, al pago de daños y al embargo, a petición de las demandantes, el tribunal ordenó una suspensión de las medidas.

Después del análisis respectivo, el tribunal decidió que, en efecto, el Estado mexicano había violado los principios enunciados; en consecuencia, ordenaba el pago de MX \$491, 809, 534.54, más los intereses derivados (*Ibidem*, p. 154).

4.3. Resultados de las decisiones arbitrales

4.3.1. Un primer balance

Desde una primera aproximación, parecería que los actos arbitrarios de los agentes públicos han ocasionado serios perjuicios económicos para el Estado mexicano. Sin embargo, después de la lectura de cada uno de los laudos, esta aseveración puede ser, en cierta medida, matizada.

En efecto, a partir de la exposición de los principales aspectos de las decisiones arbitrales, encontramos los siguientes aspectos:

- *Se han resuelto cinco casos a favor de México.* En otras palabras, el tribunal no ha considerado responsabilidad alguna por parte de los actos de los organismos públicos;⁵⁶
- *Se han resuelto ocho laudos en contra.* Hasta la fecha de elaboración del presente estudio, se ha emitido este número de laudos contra el Estado mexicano,⁵⁷ y
- *La decisión original de un laudo fue modificada.* Finalmente, de un primer recuento, encontramos que las decisiones arbitrales también pueden contener decisiones alejadas del marco institucional regulador.⁵⁸

⁵⁶ Tal es la situación de: *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/2); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (I)* (ARB (AF)/98/2); *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States* (ARB (AF)/02/1); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (II)* (ARB (AF)/00/3), y *Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/05/1).

⁵⁷ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/01); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (ARB (AF)/99/1); *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States* (ARB (AF)/00/2); *Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/05/1); “*Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ARB (AF)/04/5); *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients* (ARB (AF)/04/5); *Gemplus y Talsud v. United Mexican States* (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4); *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (ARB (AF)/05/02), y *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States* (ARB (AF)/09/2).

⁵⁸ Esto ocurrió, como expusimos, en *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ARB (AF)/09/2). Como enunciarnos, la Corte Suprema determinó que el tribunal se había excedido en sus facultades; en consecuencia, modificaba la resolución del tribunal arbitral.

4.3.2. *Costes derivados de las decisiones*

Como expusimos en el apartado anterior, los resultados de los laudos arbitrales se reflejan, tanto en la declaratoria de responsabilidad del Estado, como en las cantidades pecuniarias que, para resarcir el daño a los activos de los inversionistas, las autoridades respectivas deben pagar. Estos pagos pueden clasificarse en dos grupos: los costes procesales, y, por otra, las cantidades por concepto de indemnizaciones. A continuación, presentaremos unas breves reflexiones sobre ambos.

4.3.2.1. *Costes procesales*

Los gastos o costes procesales, entendidos como las erogaciones que cada una de las partes debe realizar por concepto de la representación, defensa, y, en relación con el tribunal arbitral, los propios para su constitución, así como los derechos respectivos para acceder al *Mecanismo Complementario* del CIADI, debemos mencionar que, si bien en los primeros laudos no fue el caso, el número ha ido en incremento. Así, por ejemplo, en *Gemplus y Talsud v. United Mexican States*, el tribunal decidió que:

18-8 La Demandada deberá pagar a Gemplus S.A. y a Talsud S.A. los costos de este arbitraje, por un total de USD 2.375.000 (dos millones trescientos setenta y cinco mil dólares estadounidenses) y de USD 3.075.000 (tres millones setenta y cinco mil dólares estadounidenses), respectivamente.

18-9 La Demandada deberá asumir todos los demás costos de este arbitraje, sin recurrir a ninguna de las Demandantes (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, p. 404).

Misma situación ocurrió con *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, donde el tribunal determinó lo siguiente:

561. Ordena al Demandado pagar en su totalidad las costas del presente arbitraje y la mitad de los costos de representación y asistencia de letrados de la Demandante, además de sus propios costos de representación, lo que hace un total de US\$3.296.140, subsistiendo la responsabilidad de la Demandante por la mitad restante de sus costos de representación y asistencia de letrados, lo que asciende a US\$1.675.473 (ARB (AF)/05/02, p. 189).

Finalmente, en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*, el tribunal arbitral ordenó que debería pagar la cantidad de “...\$20, 857, 952.77 pesos mexicanos por concepto de costas” (ARB (AF)/09/2, p. 153).

Estos datos, así como el asunto de las propias controversias, nos permiten demostrar que los tribunales arbitrales, siguiendo una lógica basada en el impulso del libre mercado, ha impuesto el pago de los gastos en aquellos asuntos en los que el Estado, a través de medidas proteccionistas, pretendía mantener, de manera artificial, la demanda efectiva de los bienes de un sector determinado. En estos casos, las medidas de protección tuvieron como objeto la protección del sector azucarero, del Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa (JMAF).⁵⁹

4.3.2.2. Indemnizaciones

Por lo que respecta a las indemnizaciones, anteriormente enunciamos que, hasta la fecha, han sido cinco casos en los que se ha resuelto a favor de nuestro país; en sentido contrario, aquellos en los que se ha declarado la responsabilidad del Estado mexicano, ha sido en ocho.

Así, en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, el monto fue de US\$16, 685, 000.00, más los intereses (ARB (AF)/97/01, p. 38); aunque, después de la apelación, se dio por finalizada la disputa mediante un convenio en el que se determinaba el pago de \$16, 002, 433.00 dólares. En *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, la indemnización fue de MX\$9, 464, 627.50, más los intereses, por un total de MX\$7, 496, 428.47 pesos (ARB (AF)/99/1, p. 9); pero, después de la apelación en la Corte de Ontario, se terminó la controversia mediante un convenio en el que se acordaba que nuestro país debía pagar MX\$18, 563, 101.90.

En *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States*, la indemnización ordenada fue de US\$ 5, 533, 017.12, más el interés, capitalizable anualmente, a una tasa de 6% anual (ARB (AF)/00/2, p. 271). Por otra parte, en *Archer Daniels*, el monto determinado por concepto de indemnización fue de US\$33, 510.091, más los intereses determinados de

⁵⁹ Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients*, el tribunal hizo una reflexión en torno a las excesivas medidas proteccionistas hacia este sector: “En el mundo hay más de 120 naciones productoras de azúcar. El azúcar se vende a nivel internacional ya sea como azúcar no refinado, azúcar refinado, o como azúcar semirrefinado, el que se denomina azúcar estándar. El azúcar es un producto muy protegido. Muchas naciones, incluidos los Estados Unidos y México, restringen el acceso al azúcar a sus mercados nacionales a fin de sostener los precios internos. Los precios internacionales del azúcar pueden fluctuar de manera extraordinaria” (ARB (AF)/04/5, p. 16).

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

acuerdo a las tasas de interés simple de las letras del tesoro de Estados Unidos (ARB (AF)/04/5, p. 102).

En *Gemplus* y *Talsud*, las cantidades fueron de US\$ 8, 725, 753, para la primera; mientras que, para *Talsud*, se decidió el pago de US\$12, 232, 628, incluyendo los intereses (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, pp. 422 y 423).

En *Cargill*, se ordenó el pago de US \$ 77, 329. 240, más los intereses generados a una tasa similar al tipo preferencial mensual aplicado en Estados Unidos (ARB (AF)/05/02, pp. 189). Finalmente, por lo que respecta a *Abengoa S.A.* y *Cofides S.A.*, el monto a pagar por la afectación a los derechos de propiedad de los inversionistas, fue de MX \$491, 809, 534.54 (ARB (AF)/09/2, p. 154).

El siguiente cuadro resume lo expuesto:

CUADRO 4.3.1
CANTIDADES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN

| | NÚMERO | CASO | INDEMNIZACIÓN SOLICITADA | INDEMNIZACIÓN EFECTIVA |
|-----|-------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|---|
| 1. | ARB (AF)/97/02 | Azinian | US\$ 20, 000, 000 | S/Ind |
| 2. | ARB (AF)/97/01 | Metalclad | US\$ 90, 000, 000 | US\$ 16, 002, 433 |
| | | | o | |
| | | | US\$ 20, 000, 000 | |
| 3. | ARB (AF)/98/02 | Waste Managment I | S/R | S/Ind |
| 4. | ARB (AF)/99/01 | Feldman Karpa | MX\$ \$303,819,391 | MX\$ 18, 563, 101.90 |
| 5. | ARB (AF)/00/2 | Tecmed | US\$ 52,000.000 | US\$ 5, 533, 017.12 |
| 6. | ARB (AF)/02/1 | Fireman's | US\$ 50, 000, 000 | S/Ind |
| 7. | ARB (AF)/00/3 | Waste Management II | US\$ 36, 000, 000 | S/Ind |
| 8. | ARB (AF)/05/1 | Bayview | US\$ 50, 000, 000 | S/Ind |
| 9. | ARB (AF)/04/01 | Corn Products International | S/D | S/D |
| 10. | ARB (AF)/04/5 | Archer Daniels | S/D | US\$ 33,510,091 |
| 11. | ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4 | Gemplus y Talsud | US\$ 37, 000, 000 | US\$ 8, 725, 753 (Gemplus) US\$12, 232, 628 (Talsud) |
| 12. | ARB (AF)/05/02 | Cargill Inc. | S/D | US\$ 77, 329, 240 |
| 13. | ARB (AF)/09/2) | Abengoa y COFIDES | MX\$ 846, 440, 330.41 | MX \$491, 809, 534.54 |

(Fuente: Elaboración propia con datos del CIADI).

S/Ind: Sin indemnización.

S/R: Sin referencia.

S/D: Sin datos.

4.3.3. Principios violentados por la actividad estatal

Antes de comenzar nuestra reflexión en torno a la afectación los principios en materia de IED por parte del Estado, conviene reiterar que, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, el intercambio económico se realiza, no -al menos, no directamente- de los bienes y servicios, sino de los derechos de propiedad derivados de éstos; es decir, como enunciara Roland Coase, creador de la escuela: una persona no tiene, por ejemplo, un terreno, sino que “...lo que posee en realidad es el derecho de realizar una lista definida de acciones” (Coase, 1994, p. 163).⁶⁰ Esta visión, enunciamos, nos permite introducir el marco institucional como elemento determinante en el crecimiento -o atraso- económico y, con él, la introducción de las modalidades para que la utilización de los derechos de propiedad coincidan con los intereses colectivos.

Por otra parte, en el capítulo anterior enunciamos que estas modalidades pueden dividirse en nacionales e internacionales;⁶¹ por lo que se refiere a las nacionales, expusimos que se encuentran el “orden público” y el “interés social”; mientras que, por lo que respecta a los de carácter internacional, enunciamos que han sido resultado de la interacción recurrente de los agentes involucrados en el intercambio de derechos a nivel global. A lo anterior, debemos agregar que han servido para reducir los costes de transacción en este tipo de intercambios, sobre todo por su naturaleza como limitadora de la actividad del Estado, tanto en el intercambio económico, como en el diseño y vigilancia del marco institucional y las políticas públicas en materia económica.

Esta reflexión, aplicada a los derechos de propiedad relacionados con la IED, cobra clara importancia debido a que, por una parte, ofrece limitantes hacia las actividades del Estado y, por otra, determina ciertas modalidades -que podemos denominar “positivas”- sobre la disposición de los activos por parte del inversionista. En consecuencia, cualquier afectación ocasiona una desviación en las expectativas de ganancias legítimas del agente, con la correspondiente declaratoria de responsabilidad por parte del tribunal, así como la indemnización respectiva.

Por lo anterior, y partiendo de que los demandantes iniciaron los procedimientos arbitrales por una supuesta violación a los principios más sobresalientes incluidos en los

⁶⁰ Un análisis más detallado sobre los derechos de propiedad y la Nueva Economía Institucional fue expuesto en el Capítulo I, apartado 1.7. De igual manera, véase Pejovich (1985).

⁶¹ Véase el apartado 3.4.2.

acuerdos internacionales, resulta conveniente realizar un primer acercamiento a su naturaleza.

- a) *Expropiación e Indemnización*: El principio más invocado por los inversionistas para iniciar los procedimientos contra México, es el de “Expropiación e Indemnización”, entendido, no sólo como el decomiso de un bien corpóreo, sino como la afectación a la posibilidad de disponer de los derechos relacionados con la inversión. En efecto, de los trece laudos estudiados,⁶² en todos ha sido utilizado para demostrar, a través de la afectación a los derechos de propiedad del inversionista, la responsabilidad de las agencias del Estado, lo que demuestra que es uno de una de las modalidades más delicadas y de mayor interés en relación con los derechos de propiedad. Más adelante abundaremos al respecto;
- b) *Nivel Mínimo de Trato*: Ha sido invocado por el inversionista en ocho de los trece procedimientos arbitrales concluidos, lo que lo convierte en el segundo más recurrido por los demandantes;⁶³ esto nos permite percatarnos que la actuación del Estado mexicano no ha respondido, al menos desde la óptica del demandante, con el marco institucional consuetudinario, que obliga a dar un tratamiento apegado a lo que se conoce como “Estado de Derecho”, es decir, basado en los preceptos estandarizados mediante el ordenamiento legal, lo que da como consecuencia una situación de responsabilidad estatal (Rábago Dorbecker, 2004, p. 274);
- c) *Trato Nacional*: Ha sido utilizado como argumento en siete de los trece procedimientos arbitrales.⁶⁴ Esta situación demuestra que aún existen conductas discriminatorias por parte de los organismos públicos; y es que, como expusimos, en diversos casos se ha apelado a una conducta que tiene por objeto beneficiar a los nacionales, aún a costa del perjuicio de los extranjeros. En el siguiente apartado abordaremos con mayor detalle este tema;

⁶² Sobre la explicación detallada, véase el apartado 3.4.3.

⁶³ De esta manera ha sido utilizado en *Robert Azinian and others* (ARB (AF)/97/2), *Waste Management, Inc.* (ARB (AF)/98/2), *Marvin Roy Feldman Karpa* (ARB (AF)/99/1), *Fireman's Fund Insurance Company* (ARB (AF)/02/1), *Waste Management, Inc.* (ARB (AF)/98/2), *Bayview Irrigation District and others* (ARB (AF)/05/1), *Cargill, Incorporated* (ARB (AF)/05/02) y *Abengoa S.A.* y *Cofides S.A.* (ARB (AF)/09/2).

⁶⁴ A saber, en: *Marvin Roy Feldman Karpa* (ARB (AF)/99/1), *Técnicas Medioambientales, S.A.* (ARB (AF)/00/2), *Fireman's Fund Insurance Company* (ARB (AF)/02/1), *Waste Management, Inc.* (ARB (AF)/98/2), *Bayview Irrigation District and others* (ARB (AF)/05/1), *Corn Products International, Inc.* (ARB (AF)/04/5), *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients* (ARB (AF)/04/5), y *Cargill, Incorporated* (ARB (AF)/05/02).

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

- d) *Trato Justo y Equitativo*: Finalmente, en relación con este principio, el cual puede considerarse como una extensión del “Nivel Mínimo de Trato”,⁶⁵ ha sido utilizado en tres casos como argumento para solicitar la reparación del daño por la supuesta conducta arbitraria del Estado mexicano;⁶⁶
- e) *Otros principios*: Por último, debemos mencionar que también se han invocado violaciones a otros seis principios establecidos en otros APPRI-BITs, suscritos por el Estado mexicano con otro Estado. Así, tenemos los siguientes: “Requisitos de Desempeño”;⁶⁷ “Trato Nacional”;⁶⁸ “Protección y Seguridad Plenas”;⁶⁹ “Promoción y Admisión de las Inversiones”;⁷⁰ “Protección de las Inversiones”,⁷¹ y “Tratamiento Más Favorable”.⁷²

El siguiente cuadro expone lo expuesto:

**CUADRO 4.3.2
PRINCIPIOS INFRINGIDOS POR EL ESTADO MEXICANO**

| | NÚMERO | CASO | TRATO NACIONAL | NIVEL MÍNIMO DE TRATO | EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN | TRATO JUSTO Y EQUITATIVO | OTROS PRINCIPIOS |
|----|----------------|--------------------|----------------|-----------------------|------------------------------|--------------------------|------------------|
| 1. | ARB (AF)/97/02 | Azinian | | X | X | | |
| 2. | ARB (AF)/97/01 | Metalclad | | | X | X | |
| 3. | ARB (AF)/98/02 | Waste Management I | | X | X | | |
| 4. | ARB (AF)/99/01 | Feldman Karpa | X | X | X | | |

⁶⁵ El artículo 1105(1) del TLCAN, que hace referencia al Nivel Mínimo de Trato, expresa que “(c)ada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte,...trato acorde con el derecho internacional, **incluido trato justo y equitativo...**” (negritas nuestras).

⁶⁶ Así lo sostienen los siguientes laudos: *Metalclad Corporation* (ARB (AF)/97/01), *Técnicas Medioambientales, S.A.* (ARB (AF)/00/2), y *Gemplus y Talsud* (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4). En cada uno de ellos, se alega un trato discriminatorio, principalmente, y como veremos posteriormente, en relación con el acceso a la justicia, así como la protección y seguridad plenas. De igual manera, la violación a este principio se ha traducido en el cambio de “las reglas del juego”, por parte del Estado. Al respecto, en *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States*, un punto de reflexión, tanto de las partes como del propio tribunal, tuvo estrecha relación con la obligación del Estado para evitar un cambio repentino del marco institucional que reduzca las expectativas de ganancias por parte del inversionista extranjero (ARB (AF)/00/2, p. 244).

⁶⁷ Fue invocado en *Corn Products International, Inc.* (ARB (AF)/04/5), *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients* (ARB (AF)/04/5) y *Cargill, Incorporated* (ARB (AF)/05/02).

⁶⁸ En *Cargill, Incorporated* (ARB (AF)/05/02).

⁶⁹ En *Gemplus y Talsud* (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4).

⁷⁰ En *Técnicas Medioambientales, S.A.* (ARB (AF)/00/2).

⁷¹ (*Ídem*).

⁷² (*Ídem*).

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

| | | | | | | | |
|-----|-------------------------------------|-----------------------------|---|---|---|---|---|
| 5. | ARB (AF)/00/2 | Tecmed | X | | X | X | - Promoción y Admisión de las Inversiones - Protección de las Inversiones - Tratamiento Más Favorable |
| 6. | ARB (AF)/02/1 | Fireman's | X | X | X | | |
| 7. | ARB (AF)/00/3 | Waste Managment II | | X | X | | |
| 8. | ARB (AF)/05/1 | Bayview | X | X | X | | |
| 9. | ARB (AF)/04/01 | Corn Products International | X | | X | | - Requisitos de Desempeño |
| 10. | ARB (AF)/04/5 | Archer Daniels | X | | X | | - Requisitos de Desempeño |
| 11. | ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4 | Gemplus y Talsud | | | X | X | - Trato Nacional - Protección y Seguridad Plenas |
| 12. | ARB (AF)/05/02 | Cargill Inc. | X | X | X | | - Trato Nacional - Requisitos de Desempeño |
| 13. | ARB (AF)/09/2) | Abengoa y COFIDES | | X | X | | |

(Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de los laudos arbitrales).

4.4. El diagnóstico

4.4.1. El marco institucional

En los capítulos anteriores hemos resaltado que, para la Nueva Economía Institucional, el intercambio económico se hace, propiamente, entre los bienes y servicios, sino que las transacciones deben considerarse a partir de “...un *derecho* a realizar ciertas acciones...” (Coase, 1994, p. 163). Por ello, es imprescindible incluir, en la función de producción -y de inversión- la variable de las instituciones, y dentro de éstas se encuentra el marco jurídico.⁷³

En este sentido, el estudio de los casos arbitrales nos demostramos diversos elementos que han resultado perjudiciales para general “reglas del juego” eficientes, en el sentido que la Nueva Economía Institucional otorga. A continuación expondremos, los que, desde nuestra perspectiva, han provocado consecuencias más visibles.

⁷³ Véase, al respecto, el apartado 1.3., del Capítulo I.

4.4.1.1. Desarmonización entre instituciones formales e informales

Anteriormente expusimos que las instituciones pueden dividirse, de acuerdo a su procedimiento de creación, en instituciones formales e informales.⁷⁴ Al respecto, expusimos que las primeras son elaboradas por medio de un procedimiento previamente establecido,⁷⁵ mientras que las segundas son resultado del paso del tiempo, es decir, de la práctica reiterada de una interacción (Ayala Espino, 1999, p. 67).⁷⁶

Abundando más en el tema, cuando hablamos, en el Capítulo III, sobre los principios en materia de IED,⁷⁷ demostramos que han sido resultado de un proceso de interacción constante; en otras palabras, que son consecuencia de la evolución histórica de las conductas humanas (North, 1990).

Partiendo de esta perspectiva, y después de analizar la información contenida en los laudos, podemos percatarnos que no existe una incorporación adecuada los principios en materia de IED (de naturaleza consuetudinaria), con el marco institucional nacional (principalmente, el formal); en otras palabras, la declaratoria, por parte del tribunal, de la violación de los principios en materia de IED (por ejemplo, “Expropiación e Indemnización”, “Nivel Mínimo de Trato” y “Trato Nacional”), demuestra la falta de interacción y asimilación entre unas y otras.

Relacionado con lo anterior, en *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, el tribunal expresó la siguiente reflexión:

...la costumbre, por otra parte, debe llevar a cabo una labor muy diferente porque la determinación del contenido de la costumbre entraña no sólo cuestiones de derecho sino también, y primordialmente, una cuestión de hecho, cuando la costumbre forma parte de las prácticas de los Estados que ellos consideran jurídicamente obligatorias (ARB (AF)/05/02, p. 90, 91).

Esta reflexión se traduce en que las transacciones en materia de IED toman en consideración, para contribuir adecuadamente a la complementación del mercado de capitales, no sólo las “reglas del juego” formales, sino también las de naturaleza consuetudinaria, ya que aquellas derivan, en cierta medida, de éstas; por tal razón, en

⁷⁴ Véase el apartado 1.3.1.

⁷⁵ Es decir, leyes, reglamentos y jurisprudencia.

⁷⁶ A saber, los valores, las convenciones sociales, ideologías, tradiciones, cultura y hábitos de comportamiento.

⁷⁷ Véase el apartado 3.4.2.2.

cualquier transacción, deben ser considerados, so riesgo, como en estos casos, de incurrir en responsabilidad por parte de los agentes.⁷⁸

4.4.1.2. *Inestabilidad institucional*

Para reflexionar en torno a este aspecto debemos destacar que, uno de los múltiples objetivos de las instituciones, es la previsión de certeza para los agentes involucrados en el intercambio, es decir, el mejoramiento del contexto o ambiente en el que habrán de celebrarse las transacciones económicas (Vargas Hernández, 2005, p. 12). De esta forma, y utilizando la perspectiva de Oliver Williamson, se generan incentivos para establecer un horizonte temporal de inversión más amplio (González, 2011, pp. 321-328).

Al igual que el tema del apartado anterior, comprobamos que la satisfacción de este elemento no es cumplido de manera óptima. En efecto, como nos lo demuestran diversos casos, no ha existido una estabilidad adecuada para las transacciones en materia de inversión extranjera.

Esta situación es bastante seria. Como pudimos demostrar, han sido diversos los casos que han involucrado una reforma al marco legal del sector respectivo, lo que ha llevado a los arbitrajes. Así por ejemplo, en torno a las reformas a la *Ley del Impuesto sobre Producción y Servicios*, que introdujo una contribución a las bebidas y edulcorantes elaborados con Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa (JMAF), colocó en un escenario de desigualdad a las empresas demandantes.

Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States* el propio tribunal enunció que:

La Modificación del IEPS se originó como propuesta de algunos miembros del Congreso de México para proteger a la industria nacional del azúcar de caña frente al JMAF (ARB (AF)/04/5, p. 31 y 32).⁷⁹

⁷⁸ Este punto toma mayor relevancia con la siguiente reflexión del tribunal, incluida en el propio laudo de *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*: “Un tribunal que debe determinar la costumbre, por otra parte, debe llevar a cabo una labor muy diferente porque la determinación del contenido de la costumbre entraña no sólo cuestiones de derecho sino también, y primordialmente, una cuestión de hecho, cuando la costumbre forma parte de las prácticas de los Estados que ellos consideran jurídicamente obligatorias” (ARB (AF)/05/02, p. 90 y 91).

⁷⁹ Asimismo, en *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, el tribunal mencionó que “...la finalidad del tributo fue proteger a la industria azucarera mexicana, promoviendo un mayor consumo de azúcar (ARB (AF)/04/0, p. 22, 23).

Por otra parte, pudimos percatarnos que las reglas iniciales también fueron modificadas en *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*; la reforma a *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios* impidió que el inversionista pudiera solicitar las devoluciones de los montos por concepto del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS), a los que, en su calidad de exportador, argumentaba que tenía derecho (*ibídem*, p. 4 *et seq*).⁸⁰ Misma situación ocurrió en *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/01), donde, por medio de un decreto expropiatorio, se modificó el acuerdo inicial del inversionista y el Estado.

4.4.2. Los derechos de propiedad

En el Capítulo I, después revisar a autores como Armen Alchian (1973, p. 3), Douglass North (Ayala Espino, 1999, pp. 222-223), y Svetozar Pejovich (1985, pp. 20-21), enunciamos que los derechos de propiedad pueden definirse como aquellos que definen la potestad que tiene un individuo para utilizar y disponer de un bien, sea material o inmaterial, y cuya limitación es establecida por el Estado.

Por otra parte, en el Capítulo III expusimos que una de las funciones del CIADI es complementar la función estatal en la limitación de los derechos de propiedad relacionados con la IED; esta situación, expusimos, permite determinar al inversionista el sector, los montos y el horizonte temporal, al cual puede ingresar con un nivel de riesgo razonable.⁸¹

A partir del estudio de los laudos arbitrales pudimos percatarnos que existen algunas deficiencias en la regulación de este tipo de derechos; en particular, con sus modalidades y con su valor como activos. Por ello, es preciso estudiarlos con detenimiento.

4.4.2.1. Modalidades

En primer lugar, debemos recordar que, a diferencia de lo defendido por la Escuela Neoclásica, la Nueva Economía Institucional considera que existen modalidades que delimitan la disposición de los derechos de propiedad.⁸² Estas tienen como objetivo señalar

⁸⁰ En este sentido, en el citado laudo se argumentaba que, con la medida, se pretendía "... acabar con las exportaciones de CEMSA" (ARB (AF)/99/01, p. 57).

⁸¹ Esta reflexión puede complementarse con lo expuesto en el Capítulo II, apartado 2.3.2, donde expusimos la función del Estado en la vigilancia de las instituciones.

⁸² Véase el apartado 1.7.3.

las restricciones que el agente debe tomar en consideración para diseñar su plan o estrategia de inversión; cómo -y hasta qué punto- aprovechar la capacidad productiva de los bienes de los cuales, a partir de la transacción, se convierte en titular (San Emeterio Martín, 2006, p. 60).

Por otra parte, en el Capítulo II enunciamos que, en el caso de México, estos elementos se conjuntan en el llamado “orden público”,⁸³ el cual puede definirse como el conjunto de principios que, en un tiempo determinado, son necesarios para el desarrollo del individuo en armonía y paz social.⁸⁴ En otras palabras, y en términos más familiares con el léxico neoinstitucional, es el agregado de instituciones que tiene como objeto la coordinación de los intereses colectivos -representados en los fines del Estado- con los de naturaleza privada. Esta medida, expusimos, se materializaba a través de diversos actos, como los de expropiación directa e indirecta, a los cuales nos hemos referido con detalle en el Capítulo III.

Al igual que en los otros aspectos, por medio del análisis de los laudos arbitrales pudimos percatarnos que el argumento de las medidas gubernamentales -en particular, las medidas expropiatorias o equivalentes a expropiación- se han llevado a cabo invocando preceptos de “orden público”, es decir, apelando a la protección de los intereses de la comunidad.

Así, como enunciamos anteriormente,⁸⁵ de la lectura de los laudos comprobamos que, diversos actos gubernamentales, fueron realizados bajo este postulado (el de “orden público”); pero no pudo comprobarse un genuino nexo entre éste y el acto de autoridad, sino que el discurso abrigaba, indirectamente, los intereses de un determinado sector social. Por ejemplo, en *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/01), el decreto emitido por el gobernador en septiembre de 1997, por medio del cual se expropiaba el área en la cual había sido construida la planta de residuos sólidos, tuvo como argumento “...la protección de un cactus único”, lo que cancelaba “...definitivamente cualquier posibilidad...de abrir el confinamiento industrial de desechos de La Pedrera”, ubicado en el municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí (*ibidem*, p. 18 y 19).

⁸³ Véase el apartado 2.3.1.2.

⁸⁴ Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010, Novena Época; *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 1241.

⁸⁵ Véase el cuadro 4.4.2.

De manera semejante, en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States* (ARB (AF)/09/2), las autoridades municipales invocaron razones de interés público (principalmente, relacionados con la protección de la salud pública), para revocar en dos ocasiones la licencia de operación, así como clausurara definitivamente el confinamiento de residuos sólidos (*ibídem*, pp. 46-53). Al respecto, el tribunal declaró inexistente dicho riesgo al declarar lo siguiente:

591. No existe, sin embargo, ninguna evidencia de que estos supuestos riesgos existían realmente. Al contrario, resulta de artículos publicados en la prensa local en el mes de marzo de 2009 que el delegado de la PROFEPA en Hidalgo, Sr. Eugenio Bravo Quintanar, declaró que la Planta cumplía con todas las autorizaciones ambientales y que la PROFEPA había vigilado el confinamiento desde su construcción y estaba satisfecha con la situación (ARB (AF)/09/2), pp. 112-114).

De lo anterior podemos darnos cuenta que el *orden público* ha sido utilizado como argumento para justificar los actos estatales que han perjudicado los derechos de propiedad de los inversionistas;⁸⁶ no han sido razones de armonizar los intereses privados con los colectivos, sino, simplemente, limitar su eficiente utilización y disposición.

4.4.2.2. Pérdida de valor de los activos

Por otra parte, una consecuencia adicional de las modalidades que recaen en los derechos de propiedad en materia de IED, hace alusión a lo que Oliver Williamson ha denominado la “especificidad de activos”. Al respecto, conviene recordar lo que expusimos en el Capítulo III:⁸⁷ que los activos, comprenden los derechos, bienes y demás recursos que son controlados por la empresa, y que derivan de las inversiones duraderas que tienen por objeto realizar una transacción en particular (1989, p. 13); asimismo, que su especificidad se caracteriza en que, una vez adquiridos por el inversionista, su valor se reduce o aumenta en relación con su poder de compra efectivo (Emeterio Martín, 2006, p. 114).

⁸⁶ A propósito de este punto, resulta bastante ilustrativo el siguiente párrafo, incluido en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*: “También el gobernador de Hidalgo declaró públicamente...que se llevarían a cabo estudios independientes para averiguar la eventual existencia de riesgos a la salud pública. Sin embargo, ni el Estado de Hidalgo, ni el Ayuntamiento, llevaron a cabo dichos estudios” (ARB (AF)/09/2), pp. 112-114). En consecuencia, el supuesto riesgo sanitario nunca fue probado.

⁸⁷ Véase el apartado 3.3.2.

Lo anterior se materializa -en particular, la disminución del valor de los activos- en diversos laudos analizados. Por ejemplo, en -el, ya mencionado- *Metalclad*, el inmueble fue construido con el objeto de funcionar como confinamiento de residuos sólidos, objetivo que fue formalizado a través del permiso emitido, el 23 de enero de 1993, por el Instituto Nacional de Ecología (ARB (AF)/97/01, p. 12). Ante la negativa, por parte del municipio, de otorgar la licencia de funcionamiento, dichos activos, especificados a partir de sus características físicas,⁸⁸ no pudieron ser utilizados por el inversionista para los efectos originales. En consecuencia, su valor disminuyó significativamente.

Situación semejante ocurrió en *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States* (ARB (AF)/00/2). Como expusimos en el apartado respectivo, fue iniciado por la negativa, por parte del propio Instituto Nacional de Ecología de conceder la renovación de la operación (*Ibidem*, p. 169). Al igual que en *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ARB (AF)/97/02), el valor de los activos específicos disminuyó en gran medida, debido, como enunciamos, a la falta de la capacidad productiva de la empresa.

Finalmente, en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*, ocurrió algo similar. A partir de revocación de la licencia de funcionamiento y la clausura definitiva, la planta sufrió una depreciación en su valor, en razón de que era imposible, o sumamente difícil, que el inversionista pudiese utilizarla para usos alternativos a los originales.⁸⁹

4.4.3. Problemas relacionados con el intercambio

En el Capítulo I, expusimos que la Nueva Economía Institucional realiza una crítica a diversos supuestos de sostenidos por la Economía Neoclásica,⁹⁰ en particular, en relación con la naturaleza del mercado, con la elección de los individuos, y con la información disponible entre los agentes involucrados en el intercambio económico. Asimismo, describimos la

⁸⁸ Como enunciamos en el Capítulo III, apartado 3.3.2.1., los activos pueden clasificarse: a) En relación con la ubicación; b) En relación con los activos físicos; c) En relación con los activos humanos, y d) En relación con los activos especiales o dedicados.

⁸⁹ Este aspecto justifica que, en los mismos procedimientos arbitrales, se haya discutido sobre el destino de los inmuebles después del pago total de la indemnización. Así, por ejemplo, en este mismo caso se acordó "...que los activos, instalaciones y equipos que forman parte del confinamiento y que se encuentran en la posesión o control de SDS deberán ser prontamente transferidos a la Demandada o a la autoridad o entidad que ésta designe, a título gratuito y sin gastos ni costos para SDS o las Demandantes, una vez que la Demandada haya satisfecho las cantidades previstas en los dos párrafos precedentes" (ARB (AF)/09/2, p. 154).

⁹⁰ Véase el apartado 1.6.

propuesta del modelo de la economía de los costes de transacción, para ser utilizada en el análisis de nuestros laudos.

Ahora bien, bajo esta perspectiva, encontramos diversos problemas relacionados con los elementos mencionados, los cuales demostraremos en el presente apartado.

4.4.3.1. El mercado

Como enunciamos en el Capítulo I,⁹¹ una de las principales críticas al mercado es la que recae en el llamado equilibrio general. En este sentido, a diferencia de la Economía Neoclásica, los neoinstitucionalistas consideran que, el mercado, no necesariamente tiende hacia un equilibrio óptimo; incluso, sugieren que puede no presentarse el llamado “óptimo paretiano” (Ayala Espino, 1999, p. 87).⁹² Los argumentos de los laudos confirman esta hipótesis.

En efecto, si tomamos en consideración que, para la Nueva Economía Institucional existen, tanto costes de producción, como de transacción y, por supuesto, costes sociales, los agentes no pueden establecer este criterio de eficiencia. Por ejemplo, los cambios en los términos en la producción de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa (JMAF), deja claro que la decisión estatal de proponer la utilización de azúcar, en sustitución del insumo derivado de maíz, para ser acreedor a la devolución de los impuestos, obligaba a las industrias a reorganizar su producción.

Esta decisión estatal, basada en la solicitud de utilizar azúcar en la producción de refrescos y bebidas edulcorantes (con el objeto de ser beneficiario de las devoluciones), y que tiene estrecha relación con los llamados *requisitos de desempeño*, tenía el propósito, no de conseguir una mayor eficiencia (menos aún, de aumentar los ingresos fiscales, como lo enuncian los mismos laudos), sino la protección de la industria nacional azucarera. Prueba de ello es la siguiente declaración del tribunal, en *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States*:

227.- ...el Tribunal opina que tanto la estructura de la industria azucarera de México como la intención básica del impuesto otorgaban ventajas a la industria azucarera de México... Como estas ventajas están condicionadas al uso exclusivo de azúcar de caña -que el Tribunal considera que es esencialmente nacional- y discriminan contra

⁹¹ Véase el apartado 1.6.1.

⁹² Como es bien sabido, el *equilibrio paretiano* u *óptimo de Pareto* establece que no un agente no puede reorganizar la producción o el consumo sin afectar el bienestar de otras personas.

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

la industria del JMAF en la que las Demandantes han realizado su inversión, el impuesto infringe lo dispuesto en el...TLCAN (ARB (AF)/04/5, p. 79)⁹³

Por otra parte, puede comprobarse que, la utilización de los derechos de los inversionistas, podía generar pérdidas en una de las partes, lo que demuestra una clara ausencia de *optimalidad paretiana*. Al respecto, pueden las inconformidades recogidas en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*, como la siguiente:⁹⁴

...durante manifestaciones contra la Planta, se produjeron confrontaciones violentas entre los opositores a la Planta y miembros de la comunidad de San Antonio, de la cual era originaria parte de la fuerza de trabajo de SDS... El mismo día, un grupo de personas bloqueó las carreteras de 1 acceso a Zimapán (ARB (AF)/09/2, pp. 39 y 40).

Por otra parte, la cita transcrita resalta otro aspecto, relacionado con la asignación de los factores de producción: la confrontación entre los vecinos de ambas poblaciones (unos, trabajadores de la planta; otros, vecinos de la ubicación de ésta), demuestra que las medidas estatales asignaban ganancias y pérdidas entre ambos, situación que, claramente, demuestra ineficiencia en el sentido de Pareto.

4.4.3.2. La elección

Otra de las críticas de la Nueva Economía Institucional al enfoque neoclásico recae en la perspectiva del *homo economicus*, o el individuo con racionalidad perfecta.⁹⁵ Al respecto, expusimos que, para este enfoque alternativo, los agentes, como escribiera Herbert Simon, son "...intencionalmente racionales, pero sólo limitadamente" (Simon, 1997, p. 4). Aunado a lo anterior, enunciamos que existen dos tipos de restricciones: cognoscitivas y no cognoscitivas; explicamos que, mientras que las primeras tienen relación con factores del propio individuo (la memoria, la percepción, la experiencia y el aprendizaje), las segundas se refieren a circunstancias externas; en particular, a las limitaciones en razón de elementos propios de las transacciones en las que participan.

⁹³ Similares argumentos pueden encontrarse en: *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States* y *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*.

⁹⁴ Reflexiones de la misma naturaleza se hallan en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, así como en *Técnicas Medioambientales* (ARB (AF)/00/2).

⁹⁵ Véase, el apartado 1.6.2.

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En este sentido, los laudos describen la falta de un adecuado cálculo de sus respectivos negocios; por ejemplo, en *Robert Azinian and others v. United Mexican States*, el tribunal destacó, en relación con lo ambicioso del proyecto de recolección y tratamiento de residuos sólidos, así como de la generación de una planta de energía, que:

...el proyecto de los demandantes buscaba de hecho un beneficio muy superior a las ganancias de los prestadores locales de servicios de eliminación de residuos. Su objetivo era que esta iniciativa constituyera un proyecto piloto que finalmente generara mayores industrias, empezando por la modernización de la eliminación de residuos a lo largo de todo México y extendiéndose a importantes actividades subsidiarias (p. 5, 6).

De igual manera, en *Waste Management, Inc. v. United Mexican States II*, después de que el tribunal hiciera una reflexión sobre la naturaleza del TLCAN, expresara que “los acuerdos bilaterales de inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios” (ARB (AF)/00/3, p. 50 y 51), llegó a la conclusión de que, lo que el demandante argumentaba como una expropiación, no era sino resultado de ese mal cálculo.

Por otra parte, de los laudos citados podemos percatarnos que, en torno al riesgo tomado por los agentes, en relación con sus inversiones, los agentes privados han pretendido responsabilizar al Estado por las pérdidas. Sin embargo, los tribunales arbitrales han resuelto, de manera acertada, que las pérdidas son consecuencia de la actitud, por parte del inversionista, de la actitud de amor al riesgo (*risk love*);⁹⁶ así, de manera acertada, en el mismo *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States*, el tribunal sentenció que la empresa:

FFIC, por lo tanto, tomo un riesgo comercial respecto a que su inversión pudiera verse afectada de manera adversa. Tomo ese riesgo, a la luz de su deseo de contar con un “boleto de entrada” al mercado de “líneas personales” del negocio de seguros en México (ARB (AF)/02/1, p. 78).

Asimismo, en *Waste Management, Inc. v. United Mexican States II* el tribunal expresa una reflexión similar. En efecto, después de analizar las pruebas, el grupo arbitral determina

⁹⁶ Como expusimos en el Capítulo I, el amor o preferencia por el riesgo se presenta cuando la expectativa de ganancia o utilidad es mayor que la posible pérdida o utilidad del valor esperado (Varian, 1992, pp. 25-26). Véase, para abundar sobre los tres tipos de actitudes, el apartado 1.6.3.

que: "...(n)o es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan..." (ARB (AF)/00/3, p. 76). Lo anterior reitera que, además de que el riesgo de los agentes debe ser asumido por éstos, el marco institucional, según la Nueva Economía Institucional, coordina y complementa la actividad del mercado, pero no lo sustituye.⁹⁷

4.4.3.3. Información

Finalmente, la Nueva Economía Institucional hace una crítica en torno a concepción de la información que sostiene la economía neoclásica sobre la posesión de este *input*,⁹⁸ escuela que sostiene, como bien menciona Edmund Phelps, que los agentes involucrados en el intercambio poseen información completa y certera, o, bien, que es de fácil adquisición (1985, pp. 425 *et seq.*). En contraste, los neoinstitucionalistas conciben que el individuo debe enfrentarse a dos grandes problemas: que la información pueda ser *incompleta*, es decir que no conozca en su totalidad las características relacionadas con la transacción (Cárdenas y Ojeda, 2002, pp. 153-169), o bien, que sea manejada de manera *asimétrica*, es decir, que una de las partes posea información que éste desconozca (Schotter, 1996, p. 537).

En el Capítulo II explicamos que, para solucionarlo, una de las funciones del Estado es la de reducir los problemas relacionados con la información, tanto privada como la de naturaleza pública, con el objetivo de generar mayores condiciones de certidumbre. Ahora bien, por lo que respecta a la del primer tipo, enunciarnos que, las autoridades y organismos públicos, deben proporcionar la información sobre el marco jurídico aplicable a los contratos y demás transacciones, sobre el funcionamiento de los tribunales, sobre los procedimientos administrativos y, en general, sobre las actividades de los diferentes órganos de gobierno, tanto a nivel federal, local y municipal.⁹⁹

La realidad planteada a través de los laudos arbitrales ha demostrado serias deficiencias en esta función. En efecto, como podemos apreciar en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, los demandantes actuaron sobre una base de información insuficiente e, incluso, errónea; construyeron la planta de tratamiento de residuos peligrosos bajo la idea, proporcionada y reforzada por el gobierno federal, de que ellos eran los únicos facultados

⁹⁷ Sobre la relación entre mercado e instituciones a partir de la función del Estado, véase el Capítulo II, apartado 2.2.5.

⁹⁸ Para profundizar en este punto, véase el Capítulo I, apartado 1.6.3.

⁹⁹ Véase el Capítulo II, apartado 2.3.3.1.

para otorgar el permiso de operación; es decir, sin necesidad de un permiso municipal; así, la empresa afirmó que “...el Director General de la SEDUE le dijo que la responsabilidad de obtener apoyo para el proyecto por parte de la comunidad estatal y municipal recaía en el gobierno federal (ARB (AF)/97/01, p. 14). El sostenimiento de este error fue sostenido hasta el último momento.¹⁰⁰

Por ello, el tribunal fue claro, claro, al emitir lo siguiente:

99. México *no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible* para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN (ARB (AF)/97/01, p. 29, cursivas nuestras).

Las mismas deficiencias relacionadas con la información -en particular, problemas de información asimétrica-, en *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States*, la subasta de los bienes inmuebles para la operación del confinamiento de residuos peligrosos (ARB (AF)/00/2, p. 167), fue realizada sobre una conducta basada en niveles distintos de información; en particular, sobre los derechos que, efectivamente, eran adquiridos por TECMED. Uno de los argumentos del gobierno federal fue que, lo que en realidad se adquiriría, eran los derechos sobre los bienes, pero de los permisos necesarios para el funcionamiento. Así:

La Demandada niega que el objeto de la licitación y ulterior adjudicación a Tecmed haya sido un confinamiento si por ello se entiende un conjunto o universalidad de bienes tangibles e intangibles que incluye licencias o autorizaciones para operar un confinamiento controlado de residuos peligrosos. La Demandada sostiene que los bienes licitados y vendidos por Promotora comprenden *exclusivamente* ciertos predios, terreno, infraestructura, maquinarias y equipo; *pero no* permisos, autorizaciones o licencias (ARB (AF)/00/2, p. 172 y 173, cursivas nuestras).

¹⁰⁰ En este sentido, en el propio laudo el tribunal reconoce que el gobierno federal “...dejó creer a Metalclad, y creyó, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento. Metalclad alega que el Municipio no tiene facultades en lo que se refiere a los asuntos de residuos peligrosos” (ARB (AF)/97/01, p. 27).

Lo anterior pone de manifiesto que, en caso de ser necesario, la parte demandada sabía que lo que adquiriría el inversionista, de buena fe, no eran los derechos de operación de la planta, sino los activos sobre una infraestructura que, al no ser utilizados para los fines específicos, carecían de todo valor.¹⁰¹

4.4.4. El comportamiento del Estado

En el Capítulo II expusimos un panorama general sobre la teoría del Estado, que sostiene la Nueva Economía Institucional; después de enunciar diversas definiciones,¹⁰² describimos elementos como su origen, naturaleza y algunas de las teorías que justifican su existencia,¹⁰³ así como las funciones que le corresponde desempeñar en la economía.¹⁰⁴

Aunado a ello, en relación con la función del Estado como vigilante de la observancia de las instituciones, expusimos que, entre los principales aspectos que generan la ineficiencia en su cumplimiento, se encuentran: la falta de capacidad para crear, vigilar y aplicar el marco institucional, problemas relacionados con la teoría de la agencia, arbitrariedad de los organismos públicos.¹⁰⁵

Ahora bien, después de la lectura de los laudos, pudimos percatarnos que han existido acontecimientos que hacen presumir lo que podemos llamar “déficit de gobernabilidad”; en particular, por tres aspectos: a) arbitrariedad gubernamental; b) comportamiento negativo de los organismos, y c) diversos problemas relacionados con la naturaleza del Estado. En las siguientes líneas expondremos cada uno.

4.4.4.1. Arbitrariedad gubernamental

En el apartado respectivo, enunciamos que la arbitrariedad ocurre cuando el marco institucional no delimita -o lo hace de manera ambigua e incompleta- el marco institucional que regula la conducta del Estado; dicha deficiencia genera problemas de corrupción y discrecionalidad, por parte de los agentes.

¹⁰¹ Nótese, por cierto, que éste este acto contiene un problema relacionado con la especificidad de los activos y su correspondiente pérdida de valor, por no poder ser utilizados en funciones alternativas a las que fueron diseñados.

¹⁰² Véase el apartado 2.2.1.

¹⁰³ Apartado 2.2.2., 2.2.3., y 2.2.5. Asimismo, en el apartado 2.2.4., se presenta un estudio para considerarlo como institución y como organización.

¹⁰⁴ Apartado 2.3.

¹⁰⁵ Apartado 2.4.

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Por lo que respecta a la corrupción, el caso *Gemplus y Talsud v. United Mexican States*, el laudo recoge la posición de los demandantes de que hubo actos de esta naturaleza,¹⁰⁶ los cuales, si bien no fueron comprobados, resulta interesante su planteamiento.

En relación con la discrecionalidad, expusimos, coincidiendo con el punto de vista del Banco Mundial, que puede afectar la disposición y manejo de los derechos de propiedad de los inversionistas (2002, p. 100); dijimos que puede reflejarse a través de medidas expropiatorias, reformas al marco jurídico arbitrarias e imprevisibilidad de la función judicial.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es claro que las medidas equivalentes a expropiación, declaradas así por el tribunal, constituyen medidas discrecionales, lo anterior debido a que dichas medidas se contraponen al principio de legalidad y el que hace hincapié en el -ya mencionado- “orden público”, necesarios para ser considerados como legítimos. Prueba de lo anterior se encuentra en la siguiente cita, de *Metalclad Corporation v. United Mexican States*:

...el Municipio negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad. Como se indicó anteriormente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento (ARB (AF)/97/01, p. 31).

Y, después de realizar el análisis respectivo, concluye, que: “...(e)stas medidas (las de naturaleza discrecional)...equivalen a una expropiación indirecta (*Ídem*)”.¹⁰⁷

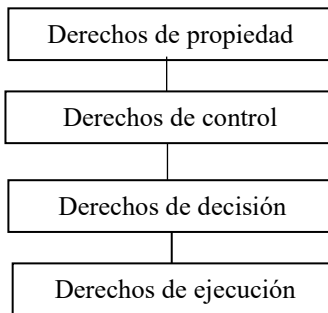
¹⁰⁶ “...las Demandantes parecieron criticar el proceso de licitación, tomando las alegaciones de terceros que afirmaban que el otorgamiento de la concesión al Consorcio fue influenciado por *corrupción*”. (ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, p. 62).

¹⁰⁷ Adicionalmente, en *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, la demandante argumenta que ciertos actos “...fueron lo suficientemente arbitrarios como para constituir un caso de expropiación” (ARB (AF)/99/01, p. 61), a lo cual, el propio tribunal concluye que, en efecto, los actos fueron, “...en algunos casos, inconsistentes y arbitrarios...” (*ibidem*, p. 68).

4.4.4.2. *Comportamiento de las agencias públicas*

Para comprender este punto bajo la perspectiva de la Nueva Economía Institucional, es necesario retomar lo planteado por la Teoría de la Agencia, la cual fue expuesta en el Capítulo I. Al respecto, escribimos que, debido a la búsqueda de la consecución de sus propios intereses,¹⁰⁸ un individuo (denominado agente), actúa de manera contraria a los fines para los cuales fue contratado por otra parte (el principal).¹⁰⁹ Adicionalmente, expusimos que se transfieren diversos derechos, los cuales son representados en la siguiente figura (Peris-Ortíz, *Et al.*, 2012):¹¹⁰

Figura 4.5.4.2.
Transferencia de los derechos de propiedad



De igual manera, ampliando el tema, en el Capítulo II relacionamos la Teoría de la Agencia con las funciones de los agentes públicos;¹¹¹ en particular, expusimos que, el comportamiento alejado de los mandatos establecidos del principal (gobierno federal e incluso, yendo más arriba de la pirámide política, por los electores), se debe a la falta de incentivos, intereses contrapuestos y ausencia de contrapesos para controlar sus funciones (Dunleay, 1991, pp. 147-248). Dicha situación ha dado como resultado, no sólo costes de transacción elevados, sino también pérdidas en las inversiones y, por supuesto, el sometimiento de controversias a procedimientos arbitrales.

Ahora bien, tras un análisis de las reflexiones en torno a la supuesta violación al principio de “Nivel Mínimo de Trato”, pudimos constatar que, en efecto, la imposibilidad de

¹⁰⁸ Es decir, bajo el supuesto del *homo economicus*, es decir, del individuo como maximizador de beneficios.

¹⁰⁹ Véase el apartado 1.6.3., inciso d).

¹¹⁰ Su explicación puede revisarse en el Capítulo I, apartado 1.7.5.

¹¹¹ Véase el apartado 2.4.4.

acceder, por parte del inversionista, a mecanismos de salvaguarda de sus inversiones, se traduce en la coordinación subóptima entre las agencias gubernamentales involucradas.

Así, por ejemplo, en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, resulta claro que la segmentación de los tres niveles de gobierno (federal, local y municipal), deja entreclaro que cada nivel perseguía intereses diversos, los cuales buscaron obtener a través de sus respectivas competencias. Lo anterior impidió, como puede leerse en el laudo, que *Metalclad* obtuviera el permiso municipal de construcción del confinamiento (ARB (AF)/97/01, p. 14 *et seq.*).

Tras la lectura de *Marvin Roy Feldman Karpa* (ARB (AF)/99/01), podemos percatarnos que existieron deficiencias en la coordinación de intereses, por parte de las diversas autoridades involucradas en la controversia (en particular, de la Secretaría de Hacienda), con la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de manera más específica, por lo que respecta a la ejecución de la sentencia de amparo emitida por dicho tribunal (*Ibidem*, p. 58).

Situación similar se encuentra en los casos relacionados con el Jarabe de Maíz de Alta Fructosa (JMAF). Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States*, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad del comportamiento del Poder Legislativo, al crear el impuesto a las bebidas edulcorantes que contuvieran JMAF (ARB (AF)/04/5, p. 55).¹¹² De igual manera, este fenómeno se refleja en *Cargill*, donde, si bien el Máximo Tribunal determinó la inconstitucionalidad del Congreso a través de la resolución de amparo, esta “...no brindó a la empresa la oportunidad de vender JMAF en México o de importar JMAF proveniente de Estados Unidos puesto que el IEPS seguía vigente en ese momento (ARB (AF)/05/02, p. 38).

4.4.4.3. Problemas relacionados con la naturaleza del Estado

En el capítulo II enunciamos que la naturaleza del Estado, bajo los presupuestos de la Nueva Economía Institucional, permite identificarlo desde tres ópticas: como un “Estado

¹¹² Al respecto, el laudo arbitral expresa lo siguiente: “... (l)a intención del legislador al extender el mencionado impuesto a las aguas gasificadas, refrescos, bebidas hidratantes y demás bienes y actividades gravados, exclusivamente cuando para su producción utilicen fructosa en lugar del azúcar de caña, fue la de proteger a la industria azucarera” (ARB (AF)/04/5, p. 55).

maximizador de la riqueza”, como un “Estado mediador”, o bien, como el “instrumento de un grupo de poder” (Ayala espino, 1998, p. 378).¹¹³

Por lo que se refiere al primero, expusimos que se concibe como un mecanismo que permite la maximización de los beneficios de los individuos que detentan el poder; para ello, favorecen, mediante dádivas y exenciones tributarias, a los grupos sociales más influyentes en las decisiones políticas.

En relación con el Estado mediador, éste se configura como un tercero imparcial, que tiene como objeto la coordinación de las relaciones entre los agentes involucrados en el intercambio económico.

Finalmente, por lo que respecta a su naturaleza como “instrumento de un grupo de poder”, siguiendo a Mancur Olson (1992), expusimos que puede generarse cuando existe un amplio *déficit democrático* (es decir, que es sumamente débil e ineficiente en su estructura institucional y organizacional); esto permite que los grupos sociales con mayor poder de negociación participen directamente, o bien, presionen al gobierno en la elaboración de las “reglas del juego”, así como en la coordinación de las políticas públicas, que les generen un mayor beneficio.

Esta hipótesis del Estado como instrumento de un sector social, puede encontrarse en *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*. En efecto, como puede leerse en el laudo, uno de los argumentos para que las autoridades hacendarias manifestaran su negativa a devolver los impuestos -e incluso, que se modificara la legislación tributaria- fue la supuesta presión que ejerció el empresario Carlos Slim -quien también era productor y exportador de cigarros- para ello (ARB (AF)/99/01, p. 4). Asimismo, en *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States*, los demandantes argumentaban que fue la presión social contra el confinamiento de residuos peligrosos, lo llevó a que el Instituto Nacional de ecología decidiera no prorrogar la licencia de operación (ARB (AF)/00/2, p. 170, 171).¹¹⁴

Por otra parte, donde resulta más clara la participación de un grupo de poder en la toma de decisiones en materia de diseño institucional y elaboración de las políticas públicas,

¹¹³ Véase el apartado 2.2.3.

¹¹⁴ El propio laudo establece lo siguiente: “La oposición social contra el Confinamiento, amplia y agresiva en sus manifestaciones públicas, se exteriorizó a través de distintos hechos y en distintos momentos. En noviembre de 1997, la agrupación denominada Alianza Cívica de Hermosillo denunció «hechos y omisiones» de Cytrar, particularmente en relación con el transporte de residuos de Alco Pacífico, y solicitó la cancelación de la autorización de Cytrar para operar el Confinamiento y denegar su prórroga” (ARB (AF)/00/2, p. 170, 171).

fue en las controversias relacionadas con el JMAF. Al respecto, en *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, el tribunal señaló que “...la aplicación del IEPS, los proveedores de JMAF dejaron de ser competitivos, mientras que los proveedores de azúcar de caña no se vieron afectados (ARB (AF)/05/02, p. 73). Por otra parte, en *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients v. United Mexican States*, el tribunal argumentó lo siguiente:

La Modificación del IEPS se originó como propuesta de algunos miembros del Congreso de México para *proteger* a la industria nacional del...JMAF. En un informe de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del Congreso de México -presentado por las Demandantes- se describe al plan para sancionar el impuesto “...con el objeto de no ocasionar una afectación mayor a la industria azucarera...” (ARB (AF)/04/5, p. 42.).

Una situación similar puede encontrarse en *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v. United Mexican States*. En este caso, también puede deducirse que la presión de la Asociación Civil “Unidos por Zimapán”, y sus posteriores actividades como detentadores del poder político (a través de José María Lozano, presidente municipal durante la clausura y miembro activo del grupo), tenían la firme convicción de evitar la operación de la planta.¹¹⁵ Al respecto, el tribunal confirmó dicha hipótesis, enunciando la utilización de los recursos públicos y demás bienes municipales para generar la afectación a los derechos del inversionista; por ejemplo, la creación de un periódico para “informar” las acciones que, de manera abierta, el municipio realizaba contra *Abengoa* (ARB (AF)/09/2), p. 51, 52).¹¹⁶

¹¹⁵ El laudo arbitral enuncia que, la propia promesa de campaña de José María Lozano, fue el cierre total de la Planta (ARB (AF)/09/2), p. 48).

¹¹⁶ El laudo enuncia lo siguiente: “...el gobierno municipal de José María Lozano publicó el primer número del "Vocero Municipal", en cuyo editorial el presidente municipal informó a la población que "...la lucha de casi tres años en contra del confinamiento ha dado sus primeros frutos. Aunque no de forma definitiva, hemos logrado detener su entrada en operación. Y si no nos ven en las calles o en los medios de comunicación hablando sobre el tema es porque la lucha la estamos dando en el terreno legal, en los tribunales y en el Congreso de la Unión: No nos hemos olvidado del objetivo principal por el que el pueblo nos llevó a encabezar la presidencia municipal” (ARB (AF)/09/2), p. 51, 52).

4.5. Consideraciones finales

Después de haber desarrollado cada uno de los apartados del presente Capítulo, es preciso enunciar las siguientes consideraciones finales:

En *primer lugar*, expusimos que, a finales de los años ochenta, y debido a factores tanto nacionales como internacionales, México pasó de un modelo de política económica (es decir, basado los preceptos del estado benefactor), a otro de libre mercado. El cambio se vio reflejado no sólo en el intercambio económico *per se*, sino además, en la adopción de nuevas “reglas del juego”, que lo coordinasen; dichas reglas fueron adoptadas a partir de los lineamientos establecidos en el TLCAN, acuerdo por el cual quedó consolidado el nuevo modelo económico, en el cual, entre otras cosas, se limitaba la participación del Estado en la economía y se fomentaba la inversión privada, tanto de carácter nacional como de naturaleza extranjera.

En *segundo lugar*, planteamos que el TLCAN, junto con otros acuerdos comerciales y de protección a las inversiones (APPRI o BITs), permitieron, a los inversionistas de la última categoría, acceder al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en particular, al *Mecanismo Complementario* del CIADI. Así, tuvieron la posibilidad solucionar sus controversias derivadas de una afectación de sus derechos de propiedad relacionados con sus respectivas inversiones, y al reunir los requisitos, a una agencia dependiente del propio Banco Mundial, lo que le daba -al menos, teóricamente- un grado de imparcialidad razonable.

En *tercer lugar*, señalamos que esta posibilidad no ha pasado desapercibido, y se han presentado un total de veinte procedimientos arbitrales contra México, los cuales se encuentran en alguna de las siguientes etapas: avisos de intención, casos activos y casos concluidos; de éstos últimos, se han resuelto dieciséis mediante el *Mecanismo Complementario* del CIADI; las cifras nos permiten percatarnos de la relevancia que, en torno a la protección de los derechos de los inversionistas, posee el arbitraje de inversiones.

Una primera lectura de los laudos arbitrales nos permitió desarrollar un balance general en torno a los resultados. En efecto, como detallamos en el apartado respectivo, se han resuelto cinco casos a favor y ocho en contra. Por lo que respecta a los segundos, dimos

a conocer los pagos que se han llevado a cabo por concepto de indemnizaciones -y costes procesales, en algunos casos-; indemnizaciones que, al ser realizadas a través de los fondos públicos, bien pueden tenerse como costes sociales.

Por otra parte, un estudio más detallado nos permitió percatarnos de los argumentos sobre las violaciones a los principios en materia de IED. Así, expusimos que el que fue más ampliamente recurrido fue el principio de “Expropiación e Indemnización”; situación comprensible, ya que, bajo la premisa de que dicho acto del Estado no significa, como tradicionalmente se ha manejado, una privación material de los bienes -o bien, siguiendo con la lógica neoinstitucional, de los derechos de propiedad-, sino una afectación a las expectativas de ganancias del inversionista. Otro principio, no menos importante, fue el de “Nivel Mínimo de Trato”, entendido como el otorgamiento de certidumbre y estabilidad institucional hacia el inversionista y sus respectivos derechos.

En *cuarto lugar*, y después de analizar el contenido de los laudos arbitrales bajo los postulados de la Nueva Economía Institucional, pudimos encontrar diversos elementos de suma utilidad e interés para la reflexión académica, entre los que destacamos los siguientes:

- a) *Existe desarmonización entre las instituciones formales e informales*: en el proceso de reforma institucional para reafirmar la nueva política económica, no se tuvo en consideración la -necesaria- asimilación de las instituciones consuetudinarias, entre aquellas de carácter formal, lo que ha impedido su eficiencia -y eficacia- plena. Lo anterior demuestra que el proceso de cambio institucional correspondió a decisiones presionadas y abruptas, es decir, sin tomar en consideración los factores históricos, sociales y económicos del país;
- b) *Existe incertidumbre institucional*: a partir de la revisión de los argumentos sobre la violación al principio de “Nivel Mínimo de Trato”, demostramos que existe un *déficit* en torno a la firmeza del marco institucional. Lo anterior, como sugerimos en su oportunidad, se encuentra reflejado en las controversias donde existe un mayor grado de protección sectorial (como las relacionadas con el impuesto al JMAF), así como de presión por parte de los diversos sectores sociales;
- c) *Problemas en la protección de propiedad*: existen serias desavenencias en torno a este punto. Por ejemplo, como expusimos, el discurso del “orden público” ha sido

utilizado para obtener beneficios de un determinado sector, y no para armonizar los intereses privados con los colectivos, como, teóricamente, debería haberse realizado; prueba de ello, fue el caso *Metalclad Corporation v. United Mexican States*.

Asimismo, expusimos que el valor específico de los activos no se encuentra plenamente asegurado. Al respecto, y utilizando los elementos teóricos de Oliver Williamson, demostramos que algunas inversiones -y sus respectivos derechos relacionados- perdieron su valor específico en razón de los actos de autoridad. Como ejemplo, analizamos la situación de *Técnicas Medioambientales, S.A. v. United Mexican States*;

- d) *Problemas en el intercambio de derechos*: existen serios problemas de coordinación en torno al intercambio de los derechos de propiedad. Lo anterior pudo demostrarse a partir del análisis del *mercado*, la *elección*, así como la disponibilidad de la *información económica*. Por lo que se refiere al *mercado*, confirmamos la inexistencia de una “optimalidad paretiana”, es decir, que los cambios en las reglas del juego generaron beneficios y pérdidas de manera asimétrica. En relación con la *elección* de los agentes, confirmamos el postulado de la Nueva Economía Institucional que hace hincapié en la racionalidad limitada de los agentes; en este sentido demostramos, a partir de *Robert Azinian and others v. United Mexican States* y *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, que no siempre se realiza un cálculo acertado; asimismo, confirmamos que las instituciones son -y deben ser- complementarias al mercado...pero no sustitutivas. Finalmente, por lo que respecta a los problemas de la información, demostramos que diversos actos del Estado han tenido por objeto su ocultamiento, como fue el caso de *Metalclad Corporation*, en relación con los permisos; situación similar ocurrió en *Robert Azinian*, aunque, en este caso, el perjudicado por los problemas de información, fue el propio municipio;
- e) *Problemas en torno al comportamiento del Estado*: finalmente, un quinto tipo de problemas del marco institucional se relaciona con el comportamiento del Estado. En este sentido, expusimos cuatro: *arbitrariedad gubernamental*, *problemas relacionados con los agentes públicos* y *los relacionados con la naturaleza del Estado*. En relación con la *arbitrariedad*, demostramos, a partir de los laudos arbitrales, la discrecionalidad de los organismos públicos, quienes, basados en el

EL DIAGNÓSTICO A PARTIR DE LOS LAUDOS ARBITRALES

discurso del “orden público”, realizaron actos en perjuicio de los inversionistas (como ocurrió en *Metalclad Corporation*); por lo que respecta al *comportamiento de las agencias públicas*, partiendo de la teoría de la agencia, señalamos la contraposición de intereses entre las distintas dependencias. Tal fue el caso de *Metalclad Corporation, Marvin Roy Feldman Karpa y Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients*, con éste quedó manifiesta la contraposición entre los intereses del Congreso con el Poder ejecutivo.

Por último, sobre la *naturaleza del Estado*, expresamos que éste se ha comportado, en diversas ocasiones, como instrumento de un grupo de poder. Ya que, los grupos sociales han participado directamente -o bien, presionan a los actores políticos- en el diseño y ejecución del marco institucional y las políticas públicas, en beneficio de éstos y en perjuicio de los inversionistas. Así ocurrió, como fue demostrado, en *Marvin Roy Fieldman Karpa* y en *Técnicas Medioambientales*; pero, en mayor medida, en las controversias relacionadas con el JMAF, donde quedó demostrada la protección a la industria azucarera. Asimismo, en *Abengoa*, donde los propios grupos sociales utilizaron el poder público para afectar, de manera directa, los derechos del inversionista.

CONCLUSIONES FINALES

1. El papel de las instituciones, y su relación con en el intercambio económico, ha sido un elemento estudiado desde hace bastante tiempo. Así, por ejemplo, desde los clásicos, pasando por la escuela histórica alemana, el marxismo, la escuela austriaca, la naciente economía neoclásica -en particular, con Alfred Marshall- y la Antigua Economía Institucional, incluyeron, en sus respectivos modelos de estudio, esta variable para comprender este campo de la actividad humana.
2. Por ello, se han propuesto múltiples conceptos de lo que se entiende por éstas, las cuales se elaboran, fundamentalmente, a partir de su naturaleza, tanto formal como consuetudinaria. Sin embargo, ha prevalecido la -clásica- definición de Douglass North, quien las concibió como las reglas del juego en una sociedad, o más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a su interacción.
3. En relación con su creación, se han identificado tres mecanismos: a través de la evolución de la interacción humana (perspectiva evolutiva), mediante los procesos históricos (perspectiva histórica) y por medio de las negociaciones entre los diversos sectores sociales (perspectiva contractualista). Cada una, con un peso específico distinto en su ámbito de eficiencia y cumplimiento.
4. Las instituciones se han clasificado de diversas maneras: a partir de su procedimiento de creación, en instituciones formales (leyes, reglamentos) e informales (costumbres, valores, hábitos); y por su jerarquía, en instituciones de primer nivel (creencias, valores, etcétera), segundo nivel (entorno institucional; constituciones, leyes reglamentos), tercer nivel (relaciones contractuales, acuerdos) y cuarto nivel (elementos del análisis microeconómico neoclásico; ambas clasificaciones son, en vez de contradictorias, complementarias. Asimismo, la interacción entre unas y otras es imprescindible para el crecimiento y desarrollo económico.
5. El elemento que caracteriza la Nueva Economía Institucional recae en la noción de costes de transacción, definidos, en un primer momento, como las erogaciones por utilizar el mecanismo de precios (Coase, 1994); posteriormente, ésta se ha ido perfeccionando hasta tenerse como las erogaciones realizadas por el agente para negociar y vigilar el cumplimiento de los contratos relacionados con el intercambio de derechos y obligaciones.

CONCLUSIONES FINALES

6. La definición anterior ha permitido clasificarlos en costes *ex ante* y costes *ex post*; los primeros, relacionados con la negociación, redacción y salvaguarda los acuerdos; los segundos, de la vigilancia, monitoreo e incumplimiento. De igual manera, pueden originarse por la transferencia de los derechos, por la información disponible, o las modificaciones al marco institucional. El análisis de esta situación provoca, en el agente, la decisión de utilizar el mercado, o bien, constituirse en una empresa.

7. La relación entre instituciones y costes de transacción recae en que, un marco institucional eficiente, disminuye este tipo de gastos; a la inversa, un mal diseño de las “reglas del juego” puede generar elevados costes de transacción; asimismo, las instituciones pretenden disminuir el conflicto -y los respectivos costes- generados por el conflicto entre intereses privados e intereses colectivos. Lo anterior se traduce en que, un marco institucional coordinado y articulado, genera un ambiente institucional (*institutional environment*) adecuado para la realización de las transacciones económicas, por ejemplo, para la inversión extranjera directa (IED).

8. Son diversos los autores que han impulsado el desarrollo de la Nueva Economía Institucional; sin embargo, podemos destacar tres: Ronald Coase, Douglass North y Oliver Williamson. El primero, a partir de dos artículos (*La naturaleza de la empresa* y *El problema del coste social*), sentó las bases de esta corriente de pensamiento; en particular, proporcionó el concepto de costes de transacción, introdujo la noción de derechos de propiedad en el intercambio y planteó el llamado *Teorema de Coase*. Douglass North, estudió el papel de la ideología en la economía, la relación entre cambio institucional y desempeño económico, e introdujo la noción de “vía o senda de la dependencia” (*path dependence*). Finalmente, Oliver Williamson aportó elementos sobresalientes en la llamada “nueva teoría de la organización”; por ejemplo, desarrolló el estudio de las formas de organización de las firmas, así como los análisis de los empresarios para determinar los mecanismos de producción e intercambio.

9. Las críticas que la Nueva Economía Institucional realiza a la Economía Neoclásica son varias y de muy diverso tipo: al mercado, a la elección de los agentes, así como a la información económica disponible. En relación con el mercado, lo concibe como una institución incompleta y deficiente, ya que no presenta toda la información, no hay equilibrio general, hay restricciones a la competencia y fallos del mercado. Por lo que se refiere a la elección, sostiene que el agente posee limitaciones a la capacidad racional, las cuales pueden

CONCLUSIONES FINALES

ser cognoscitivas (limitaciones a la memoria) y no cognoscitivas (cultura, hábitos y valores). Finalmente, en relación con la información, pueden existir problemas de insuficiencia, que ésta sea errónea, o bien, se proporcione de manera asimétrica. Estas situaciones pueden generar problemas de conducta frente al riesgo, selección adversa, riesgo moral y problemas entre el agente y el principal.

8. Además de los costes de transacción, los derechos de propiedad representan otro pilar de la Nueva Economía Institucional, debido a que, como sugiere Roland Coase, lo que se intercambia en el mercado no es, propiamente, el bien material (un terreno, por ejemplo), sino la posibilidad de la utilización y disposición de éste, ya que “...lo que posee en realidad (el agente) es el derecho de realizar una lista definida de acciones” (Coase, 1994, p. 163). Esta concepción permitió introducir la variable institucional dentro de la función tradicional de producción.

9. Éstos -los derechos de propiedad- han sido definidos como los que establecen la potestad de un individuo para disponer de un bien y cuya modalidad o limitación se establece por la autoridad pública, a través de las disposiciones constitucionales. Las modalidades o limitaciones más relevantes, son: “interés social”, “orden público” y “seguridad nacional”.

10. Al igual que las instituciones en general, los derechos de propiedad pueden ser creados y modificados desde una perspectiva *evolucionista*, *histórica* o bien, *contractualista*. Por otra parte, pueden clasificarse de diversas maneras, entre la que resalta la siguiente: derechos de propiedad privada, propiedad comunal y propiedad pública.

11. Entre las principales repercusiones de los derechos de propiedad, destacan las siguientes: su delimitación permitirá una asignación eficiente de los recursos a bajo coste; asimismo, influyen en la determinación de su propio valor, el cual se expresa en los factores y bienes a utilizar. El primer aspecto permitirá definir, de mejor manera, la actividad económica nacional, asimismo, las decisiones de los agentes participantes.

12. Un elemento imprescindible en el marco teórico de la Nueva Economía Institucional es el Estado, el cual ha sido definido como una organización pública, estructurada de manera jerárquica, que diseña, vigila y ejecuta el marco institucional, con el objeto de complementar la actividad de los agentes en el mercado. Según Douglass North -principal estudioso del Estado en la Nueva Economía Institucional- fue creado para que los agentes contaran con un mecanismo supra-personal, capaz de delimitar y proteger -por el ejercicio del monopolio de

CONCLUSIONES FINALES

la violencia- los derechos de propiedad a bajo coste; vigilar y controlar los acuerdos y, de esa manera, contribuir al aumento de la frontera de posibilidades de producción, debido a que permitiría a los individuos dedicarse, plenamente, al intercambio.

13. En relación con su naturaleza, se ha clasificado de tres maneras: como un Estado maximizador de la riqueza; como un Estado mediador; y como el instrumento de un grupo de poder. El primero pretende, a través de la concesión de privilegios, mantenerse en la posición de dominio; el segundo, participar, de manera imparcial, en la negociación de los derechos de propiedad y la solución de los conflictos entre los agentes; y el tercero, se relaciona con el ejercicio del poder para favorecer a un grupo social, en perjuicio de otro. Este último, como fue demostrado a través de la información de los laudos, ha quedado manifiesto en algunos casos contra el Estado mexicano.

14. Por otra parte, el Estado se ha revisado como organización y como institución; el debate por esta distinción se justifica por dos aspectos: a) la interacción entre uno y otro genera el cambio institucional, y b) porque las instituciones y las organizaciones componen el esquema -la estructura, en términos marxistas- del análisis del intercambio de derechos entre los agentes.

15. La existencia del Estado se justifica partiendo de tres argumentos: *socio-políticos* (restringe al individuo en la búsqueda de su interés, en perjuicio de la sociedad); *relacionados con el mercado* (a través de las instituciones y políticas públicas, complementa la actividad del mercado), y a partir de su participación en la *vigilancia del marco institucional* (a través de la definición de los derechos de propiedad y de su protección).

16. Existen ventajas y desventajas en la participación del Estado en el intercambio económico: en relación con las primeras, la principal es su función como vigilante del marco institucional y la estructura de los derechos de propiedad, así como una mejor distribución del excedente social; por lo que corresponde a las desventajas, el deseo de beneficio personal de los agentes públicos se contrapone al beneficio público.

17. Entre las principales funciones del Estado, destacan las siguientes: creador del marco institucional (constituciones, leyes, reglamentos), vigilante de su cumplimiento, reductor de los problemas de información pública (fomentar el conocimiento del sistema legal y los trámites administrativos necesarios para la validez de transacciones), y de información privada (reglas de etiqueta, consumo, fecha de caducidad, términos y condiciones de los

CONCLUSIONES FINALES

acuerdos, calidad de los bienes); asimismo, tiene como función el mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, inversión en servicios básicos, protección de grupos vulnerables y defensa del medio ambiente.

18. En relación con la participación del Estado en la eficiencia del marco institucional, la Nueva Economía Institucional plantea las siguientes causas: falta de capacidad del Estado para ejecutarlas (por la débil gestión de los tribunales y organismos públicos); contraposición entre instituciones formales e informales (el Estado no considera los incentivos consuetudinarios para el cumplimiento de las primeras); ausencia de consenso social en su elaboración (la exclusión de algún sector social del debate sobre su creación provoca desincentivos para cumplir con las reglas); problemas dentro de la estructura de vigilancia (por contraposición entre intereses privados con públicos), y arbitrariedad gubernamental (problemas de corrupción, por las lagunas en el marco institucional y discrecionalidad del comportamiento de los funcionarios).

19. Lo anterior genera consecuencias negativas, entre las que se destacan las siguientes: subdesarrollo (atraso económico y bajo desempeño de la economía nacional); suboptimalidad en la producción (incumplimiento del marco institucional, falta de competitividad, disminución del bienestar social y costes de transacción); desigualdad económica y social (incorrecta distribución del excedente social entre los sectores, o bien entre la población urbana y rural), y altos costes sociales (externalidades negativas, reflejadas, por ejemplo, en indemnizaciones por concepto de reparación a un agente por parte de una organización pública, como consecuencia de un arbitraje de inversión).

20. Como toda actividad económica, los acuerdos que regulan la IED (en particular, los derechos derivados de las mismas), pueden generar costes, los cuales aumentan en razón de la complejidad, cada vez mayor, de las transacciones entre los inversionistas y los Estados receptores del Capital. Por ello, el Banco Mundial propuso la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); este organismo surgió como una necesidad histórica, para reducir los costes de transacción (principalmente, *ex post*), establecer un mecanismo de solución de controversias, y promover un ambiente de confianza y seguridad entre ambas partes.

21. El desarrollo histórico de este mecanismo permite determinar su naturaleza como un *híbrido* de los diversos procedimientos que, a lo largo del tiempo, han existido; de manera

CONCLUSIONES FINALES

más específica, contiene elementos del arbitraje entre Estados, del arbitraje comercial internacional, así como de las llamadas “Comisiones Mixtas de Reclamaciones”. Por otra parte, a partir de las herramientas de la Nueva Economía Institucional, el CIADI puede considerarse como una institución (en particular, como un arreglo institucional, debido a que posee un sistema de instituciones socialmente inmerso), y como una organización (por establecerse como un sistema basado en jerarquías y en la toma de decisiones que le han sido asignados).

22. La razón de ser del CIADI recae, principalmente, en las siguientes circunstancias: reducir los costes de transacción (a partir del establecimiento de procedimientos arbitrales), estimular el flujo de inversiones (debido a la generación de un ambiente de confianza y seguridad), y participar en el proceso de delimitación de los derechos de propiedad, así como del margen de comportamiento del propio Estado.

23. Por lo que respecta al CIADI y su relación con los costes de transacción, resalta su función como reductor de los que surgen por las siguientes razones: por la complejidad de las transacciones (sea *material* -naturaleza de las propias inversiones extranjeras-, *subjetiva* -los sujetos que intervienen: inversionista y Estado- e *institucional* -utilización de instituciones nacionales e internacionales en las transacciones-), y debido a la especificidad de activos (para asegurar el mantenimiento del valor de las inversiones, lo que genera confianza hacia el inversionista).

24. Tradicionalmente, se ha tenido a la IED como “los flujos internacionales de capital en los que una empresa de un país crea o amplía una filial en otro país” (Krugman, 1994, p. 188); en otras palabras, como el intercambio de bienes, servicios y otros activos económicos de un área geográfica a otra. Por otra parte, desde la óptica de la Nueva Economía Institucional, involucra no tanto -o no solamente- el intercambio de bienes o servicios, sino la adquisición y las transacciones de derechos, a través de los acuerdos necesarios, entre un inversionista y el Estado en el territorio de éste.

25. Esta visión permite incorporar, al modelo de estudio de la Nueva Economía Institucional, las modalidades que deben ser observadas, tanto por los inversionistas como por el Estado, según sea el caso; dichas modalidades pueden ser nacionales o internacionales. En relación con las nacionales, tenemos las basadas en el “orden público” y en el “interés social”. El primero se compone de los preceptos que permiten regular aspectos en que se ve directamente

CONCLUSIONES FINALES

interesado el Estado; mientras que el “interés social”, comprende los elementos que permiten armonizar los intereses privados, con los de carácter colectivo.

26. Por otra parte, las modalidades internacionales se componen de los principios en materia de IED, entre los que destacan los siguientes: “Trato Nacional” (obligación, por parte del Estado, de otorgar un trato no menos favorable al extranjero, que a su nacional), “Trato de Nación Más Favorecida” (obligación del Estado de otorgar las mismas oportunidades al nacional de otro Estado que tenga similares transacciones), y “Nivel Mínimo de Trato” (obligación del Estado de otorgar un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas, a los derechos de los inversionistas). Estos principios deben ser observados por el Estado, en particular, en el comportamiento de sus agencias gubernamentales, so riesgo de incurrir en algún tipo de perjuicio de los derechos de los inversionistas.

25. Un principio fundamental en la asignación y protección de los derechos de propiedad de los inversionistas es el de “Expropiación e indemnización”. Al respecto, los tribunales arbitrales han señalado que una propiedad ha sido expropiada cuando, el efecto de las medidas estatales, priva a los agentes de su propiedad, posesión o acceso a los beneficios económicos, así como a su utilización.

26. La reflexión anterior permite clasificarla en directa e indirecta. La primera se ha definido como un acto público por el cual el Estado impone una transferencia legal de los derechos de propiedad, en nombre del “orden público” e “interés social”; mientras que la expropiación indirecta, también conocida como expropiación “de facto”, “furtiva”, “progresiva”, o “medidas equivalentes a expropiación”, se entiende como la privación a la capacidad para disponer, por alguna medida gubernamental, de los derechos de propiedad adquiridos por el particular.

27. Son diversos los objetivos del Centro. Dos de ellos, se derivan del propio *Informe de los Directores...* y del *Convenio de Washington*, y otras dos se deducen a partir del análisis de su estructura y funciones bajo los preceptos de la Nueva Economía Institucional. Los de la primera categoría, son: a) proporcionar un mecanismo eficaz de solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la IED, y b) estimular el flujo de inversiones; este último, a partir de la creación del mecanismo para solucionar los conflictos, se pretendía generar un ambiente de confianza y seguridad mutua.

CONCLUSIONES FINALES

28. A su vez, los objetivos del CIADI, según la Nueva Economía Institucional, son: a) la coordinación del diseño del marco institucional de los países, ya que canaliza las tendencias en torno a las instituciones globales relacionadas tratamiento de los derechos de propiedad en materia de IED, las cuales debe observar el Estado en su comportamiento, y b) la delimitación de la extensión y los alcances de los derechos de propiedad de en materia de IED, al definir el intercambio de los derechos, y en qué términos debe realizarse.

29. La estructura institucional del CIADI descansa en el *Convenio de Washington*, suscrito el 18 de marzo de 1965, documento que formalizó las tendencias contractuales en torno a la solución de controversias entre los inversionistas y los Estados receptores de capital. Puede considerarse como la “Constitución” del Centro, ya que posee un apartado de principios sobre el arbitraje de inversiones, y otro, de naturaleza orgánica; asimismo, de éste se derivan los reglamentos necesarios para sus actividades cotidianas, y contiene preceptos que reglamentan, como enunciamos anteriormente, la actividad del Estado.

30. Otro documento de suma relevancia es el *Mecanismo Complementario*, aprobado el 27 de septiembre de 1978 y que fue redactado para proveer un mecanismo alternativo al *Convenio*, que pueda ser utilizado por los países no suscriptores de éste. Al igual que el *Convenio de Washington*, del *Mecanismo Complementario* se derivan diversos reglamentos, entre los que destaca el *Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario*, cuya relevancia resalta porque ha regulado la mayoría de los procedimientos arbitrales de los que México ha sido parte.

31. Escribimos anteriormente que el CIADI puede estudiarse, por su estructura jerárquica, como un organismo. Lo anterior se reafirma si estudiamos sus dos agencias, a saber: el Consejo Administrativo y el Secretariado. La primera es el órgano plenario del Centro y sus funciones pueden ser normativas (adoptar reglamentos administrativos y financieros, así como los lineamientos necesarios), administrativas (determinar las funciones del Secretariado y aprobar los informes) y financieras (aprobar todo lo relacionado con los ingresos y egresos); mientras que el Secretariado tiene funciones relacionadas con el Consejo Administrativo (organizar las reuniones), con la organización del Centro (fungir como representante legal, organizar las actividades cotidianas), y funciones relacionadas con los procedimientos de conciliación y arbitraje (revisar las solicitudes de acceso a los mecanismos, notificar a las partes, autenticar los laudos arbitrales).

CONCLUSIONES FINALES

32. A partir de 1988, debido al agotamiento del modelo de Estado benefactor, así como a múltiples factores internacionales, México comenzó un proceso de reformas estructurales que consumaron en uno basado en el libre mercado, con una política monetaria restrictiva. Uno de los principales cambios fue la posibilidad de que los inversionistas extranjeros participaran, a través de sus negocios, en sectores, hasta antes, restringidos o, incluso, prohibidos.

33. Lo anterior se vio reflejado con la suscripción, en 1992, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), instrumento en el que se sentaron los lineamientos que habrían de regir la actividad económica del nuevo Estado. El cambio de las relaciones económicas llevó a una reforma, no sólo en relación con el intercambio económico, sino también en el marco institucional relacionado con los derechos de propiedad, para adecuarse a los nuevos arreglos contractuales que habrían de surgir.

34. Esta institución -junto con los suscritos posteriormente, tanto los tratados de libre comercio como los Acuerdos de Protección a las Inversiones (APPRI o BITs) suscritos por nuestro país- estableció los lineamientos que habrían utilizados en diversos sectores económicos, uno de los cuales era la inversión extranjera directa. En su Capítulo XI, estableció los principios que cada uno de los Estados deberían de observar en relación con la protección y seguridad de los inversionistas. Asimismo, se convirtió en la “puerta de acceso” al mecanismo arbitral del CIADI, ya fuera el regulado por el *Convenio de Washington*, o bien, bajo el *Mecanismo Complementario*. Éste se convertiría en el mecanismo que sería utilizado cuando los inversionistas fuesen afectados en sus derechos de propiedad relacionados con la IED, por un acto del Estado mexicano.

35. Este instrumento no ha pasado desapercibido y, hasta diciembre de 2015, se habían presentado un total de veintinueve casos contra nuestro país: dos, en la etapa de “aviso de intención”; uno, en la situación de “caso activo”; mientras que dieciséis han sido concluidos a través de un laudo. De éstos últimos, catorce mediante el mecanismo arbitral regulado por el *Mecanismo Complementario* del Centro; mientras que, otros dos, por un instrumento diferente.

36. De los casos concluidos y revisados bajo el *Mecanismo Complementario*, cinco laudos se han resuelto a favor de México; ocho, en contra, y en otro más, la decisión original fue modificada. Una primera aproximación demuestra que los costes, tanto procesales como por

CONCLUSIONES FINALES

concepto de indemnizaciones, fueron en aumento. Asimismo, cada uno de los laudos presenta la información relevante para estudiar y analizar, tanto el comportamiento del Estado, como la eficiencia del marco institucional involucrado con las transacciones.

37. Por otra parte, un primer acercamiento al tema relacionado con la violación a los principios en materia de IED, nos demostró las siguientes cifras: el principio de “Expropiación e indemnización”, fue violentado en los catorce laudos; el de “Nivel Mínimo de Trato”, en ocho; el de “Trato Nacional”, en siete; mientras que el principio de “Trato Justo y Equitativo, en tres casos”. De igual manera, fueron transgredidos otros, entre los que destacan los siguientes: “Requisitos de desempeño”, “Trato Nacional”, “Protección y Seguridad Plenas”, entre otros.

38. Un diagnóstico más profundo de la información contenida en los laudos permitió la realización de un diagnóstico más completo sobre la situación de cuatro aspectos fundamentales en las transacciones: el ambiente institucional, los derechos de propiedad, el contexto del intercambio, y el comportamiento del Estado en relación con los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros.

39. En primer lugar, el *marco institucional*: siendo un elemento fundamental para la delimitación de los derechos de propiedad y la reducción de costes de transacción (en particular, de tipo *ex post*), presenta serias deficiencias; en particular, por los siguientes aspectos: existe un grado de desarmonización entre las instituciones formales e informales, situación que deja entreclara la falta de adaptación de las primeras a las segundas, así como la premura por el Estado en la reforma institucional, a partir del cambio de modelo de política económica; asimismo, hay un elevado nivel de incertidumbre institucional; en este sentido, los laudos demostraron la ausencia de estabilidad en las “reglas del juego” relacionadas con las transacciones.

40. En segundo, los *derechos de propiedad*: son, como dijimos, otro de los pilares de la metodología de la Nueva Economía Institucional. Los laudos demostraron dos problemas de suma relevancia: unos relacionados con las modalidades, y otros, con la llamada “especificidad de activos”. Por lo que respecta a los de la primera categoría (las modalidades), se comprobó que la invocación del orden público y el interés general en la afectación de los derechos de los inversionistas, fue bastante invocado por el Estado; sin embargo, en pocas ocasiones fue comprobada su necesidad. En relación con la pérdida del

CONCLUSIONES FINALES

valor de los activos, comprobamos que los actos estatales generaron, en diversas ocasiones, la pérdida del valor de los derechos relacionados con las inversiones; en particular, debido a su especificidad, pues su utilización en otras actividades era, por su propia naturaleza, poco económica.

41. En tercero, el *intercambio*: Pudimos comprobar que son tres los elementos que deben ser revisados y replanteados para evitar futuras controversias: el mercado de los derechos relacionados con la IED; la elección de los individuos, y la información disponible. En relación con el mercado, comprobamos que no presenta, necesariamente, una situación de *optimalidad paretiana*, es decir, pueden existir cambios en el equilibrio del mercado, aún a costa de la afectación de otros agentes, sean los participantes en el intercambio, o bien, externos. Por lo que respecta a la elección, se comprobó que los agentes no poseen una racionalidad perfecta; en otras palabras, sus decisiones pueden ser sujetas a errores, lo que puede provocar -y ha provocado- pérdidas económicas; aunado a ello, comprobamos que la postura de los tribunales, cuando fue necesario, fue la de observar al marco institucional como complemento del mercado...pero no un sustituto. Y en relación con la información, comprobamos que el Estado no ha proporcionado, a los inversionistas, la necesaria para el cálculo adecuado de sus beneficios y funciones de utilidad (o bien, la ha proporcionado de manera errónea); asimismo, en algunas ocasiones, ha existido ocultamiento de este insumo, lo que ha generado, a su vez, previsiones económicas deficientes.

42. Y en cuarto, el *comportamiento del Estado*: finalmente, la información contenida en los laudos nos permite encontrar dos tipos de irregularidades en torno al comportamiento del Estado: arbitrariedad gubernamental y falta de coordinación entre las agencias públicas. En relación con el primer punto, comprobamos que la ambigüedad y la fragmentación del marco institucional del CIADI han impedido, en múltiples ocasiones, delimitar el margen de actuación de los funcionarios públicos, lo que ha generado corrupción y discrecionalidad. Respecto al comportamiento de las agencias estatales, sometiendo los presupuestos incluidos en los laudos a un análisis bajo la perspectiva de la Teoría de la Agencia, encontramos que, en no pocas ocasiones, los intereses de éstas pueden ser contrapuestos. En otras palabras, los respectivos incentivos para actuar de cada una de las agencias -en particular, los organismos públicos, secretarías gubernamentales e incluso, los propios poderes constitutivos del Estado- generaron controversias, ya que, en varias situaciones, reflejaron la representación de

CONCLUSIONES FINALES

intereses de “principales” -en este caso, de sectores sociales- distintos, lo que se tradujo en perjuicios y afectaciones a los derechos de los inversionistas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a) Libros

AGUILAR RIVERA, José Antonio, *El fin de la raza cósmica. Consideraciones sobre el esplendor y decadencia del liberalismo en México*, México, Océano, 2001.

ALONSO, José Antonio, GARCIMARTÍN, Carlos, *Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*, España, editorial Complutense-Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2008.

AMADIO, M. *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la banque Mondiale du 18 mars 1965*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

AOKI, Masahiko, KIM, Hyung-Ki y OKUNO-FUJIWARA, Masahiro (Comps.), *El papel del Gobierno en el Desarrollo Económico del Asia Oriental. Análisis Institucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Jurisdiction of Tribunals Arbitrals*, Great Britain, Kluwer Law International, 2003.

ASPE ARMELLA, Pedro, *El camino mexicano de la transformación económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

ÁVILA, José Luis, *La era neoliberal*, México, UNAM-Océano, 2006.

AYALA ESPINO, José, *Fundamentos institucionales del mercado*, México, UNAM, Facultad de Economía, UNAM, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, 2002.

-----, *Instituciones y economía: una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

-----, *Mercado, elección pública e instituciones: una revisión de las teorías modernas del Estado*, México, UNAM, Facultad de Economía-Porrúa, 1996.

BACCHETTA, Marc, *La globalización y el empleo informal en los países en desarrollo*, Organización Internacional del Trabajo-Organización Mundial del Comercio, Suiza, 2009.

BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 1997.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BANCO MUNDIAL, *Informe sobre desarrollo mundial. Instituciones para los mercados*, Washington DC, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2002.
- BATES, Robert H., *Essays on the Political Economy of Rural Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- BARRERA RIVERA, Mónica, *¿Quién y cómo debe controlar y evaluar al gobierno? El eje fundamental de la Reforma del Estado: la participación social en el control y evaluación del servicio público. El caso mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Instituto Mexicano de Auditoría Técnica, A.C., 2009.
- BAZDRECH, Carlos, *Et al. (Comps.), México. Auge, crisis y ajuste* (tres tomos), México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BECERRA RAMIREZ, Manuel, MULLER UHLENBROCK, Klaus (Coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales; un análisis plural*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2008.
- BECERRA, Ricardo y WOLDENBERG, José, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, México, ediciones Cal y Arena, 2000.
- BECKER, Gary S., *Teoría Económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987 (a).
-----, *Tratado sobre la familia*, Madrid, Alianza Editorial, 1987 (b).
- BENEGAS LYNCH, Alberto, *Fundamentos de Análisis Económico*, México, Editorial Diana, 1979.
- BERNANKE, Ben S. y FRANK, Robert, *Microeconomía*, 3a Edición, China, McGraw Hill, 2007.
-----, *Principios de Economía*, 3a Edición, China, McGraw Hill, 2007.
- BOLIVAR MEZA, Rosendo, *Historia de México contemporáneo II*, Tercera Edición, México, Instituto Politécnico Nacional, 2008.
- BROCHES, Aron, *Selected seáis World Bank, ICSID, and other Subjets of Publics and Private Internacional Law*, USA, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- BRUNO, Luigino, *Economía civil: eficiencia, equidad y felicidad pública*, Buenos Aires, Prometeo-Bononiae, 2007.
- BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon, *El Cálculo del Consenso*, España, Editorial Planeta-De Agostini, S.A., 1993.
-----, *Ética y progreso económico*, Barcelona, Ariel, 1996.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- , *Liberty, market and state: political economy in the 1980s*, New York, New York University Press, 1986.
- BURLAMAQUI, Leonardo, *Et al.*, *Institutions and the role of the state*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2000.
- CÁRDENAS, Enrique, *La política económica en México, 1950-1994*, México, Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México, Fideicomiso Historia de las Américas, 1996.
- CALL, Steven T y HOLAHAN, William L., *Microeconomía*, México, Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V., 1990.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- CASAR, María Amparo y PÉREZ, Wilson, *El estado empresario en México: ¿Agotamiento o renovación?*, México, Silgo XXI Editores, 1988.
- CECEÑA CERVANTES, José Luis, *La nación mexicana frente a los monopolios*, México, Siglo XXI Editores, 2007.
- CIADI, *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, Washington, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2003.
- , *Reglamento del Mecanismo Complementario*, Washington, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2006.
- CLAVIJO, Fernando (Comp.), *Reformas económicas en México: 1982-1999*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , *El capital monopolista y la economía mexicana*, México, UNAM- Dirección General de Publicaciones, 1994.
- COASE, Ronald H., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- COMMONS, John R., *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, Nueva York, Macmillan, 1934.
- CONCHEIRO BÓRQUEZ, Elvira, *El gran acuerdo*, México, Ediciones Era, 1996.
- CORDERA, Rolando y TELLO, Carlos, *México, la disputa por la Nación. Perspectivas y opciones de desarrollo*, Segunda Edición, México, Siglo XXI Editores, 2010.
- CORTINAS PELÁEZ, León, *Introducción al Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1992.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CRUZ GALLEGOS, José Luis de la, *Efectos del TLCAN después de 15 años de operación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- DÍAZ, LUIS MIGUEL, *Globalización de las inversiones extranjeras: Nuevos aspectos jurídicos*, México, Editorial Themis, 1989.
- DORNBUSCH, Rudiger y EDWARDS, Sebastian, *The Macroeconomics of Populism in Latin America*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991.
- DUNLEAVY, Patrick, *Democracy, bureaucracy and public choice*, Great Britain, Harvester Wheatsheaf, 1991, pp. 147-248.
- EGGERTSSON, Thráin, *El comportamiento económico de las instituciones*, Madrid, España, Alianza, 1990.
- ESPEJEL MENA, Jaime, *et. Al., Cambio Político y Nuevo Institucionalismo en la Administración Pública*, México, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C., 2010.
- FISCHER, Stanley (*Et al.*), *Economía*, 2a. Edición, México, McGraw Hill, 1990.
- FIX FIERRO, Héctor, *La eficiencia en la justicia. (Una aproximación y una propuesta)*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- FRANK, Robert H., *Microeconomía intermedia. Análisis y comportamiento económico*, 7a Edición, México, McGraw Hill, 2009.
- FURUBOTN, Eirik Grundtvig, *Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005.
- GARCÍADIEGO DANTAN, Javier, *Et al., El TLC día a día: crónica de una negociación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1994.
- GARCÍA ALBA, Pascual y SERRA PUCHE, Jaime, *Causas y efectos de la crisis económica de México*, México, El Colegio de México, 1984.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho (58a. Ed.)*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *La protección de las inversiones exteriores*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.
- GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo y AGUILAR CAMÍN, Héctor (Coord.), *México ante la crisis. El contexto internacional y la crisis económica*, México, Siglo XXI, 2003.
- GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- , *El arbitraje y la Judicatura*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- , *Competencia económica: aspectos jurídicos y económicos*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- , *Arbitraje de Inversión*, México, Editorial Porrúa, 2009.
- GRADSTEIN, Mark y HONRAD, Kai A., *Institutions and norms in economic development*, Cambridge, Massachussets, The MIT Press, 2006.
- GRAVELLE, Hugh, y REES, Ray, *Microeconomía*, Madrid, Alianza Universidad, 1984.
- GROENEWEGEN, John (Et Al.), *Institutional Economics. An Introduction*, United States, Palgrave Macmillan, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM-Editorial Fontamara, 2001.
- GUILLÉN ROMO, Héctor, *El sexenio del crecimiento cero*, México, Ediciones Era, 1992.
- GURRÍA, José Ángel, *La política de la deuda externa*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- HAYEK, F. A., *Derecho, Legislación y Libertad; una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, España, Unión Editorial, 1978.
- HELD, David, *Et al., Transformaciones globales. Política, Economía y Cultura*, México, Oxford University Press, 2000.
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2da. Edición, México, UNAM-FCE, 1995.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho económico internacional*, México, UNAM-Konrad Aedeauer Stiftung-Universidad del Rosario, 2012.
- HERNANDEZ CAPILLO, José Alfredo, *Soberanía y Globalización: un enfoque sistémico*. México, Porrúa, 2008.
- HÉRNANDEZ CHÁVEZ, Alicia, *La nueva relación entre el legislativo y el ejecutivo*, México, el Colegio de México, Cámara de Diputados, Instituto Politécnico Nacional, Fondo de Cultura Económica, 1998.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto (*Et al.*), *Metodología de la investigación*, 5a Edición, Perú, McGraw Hill, 2010.

HOBBS, Thomas, *Leviatán, o, La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

HODGSON, Geoffrey M., *Economics and Institutions: A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, Philadelphia, Polity Press, Cambridge, and University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1988.

HODGSON, Geoffrey M., *Economía institucional y evolutiva contemporánea*, México, UAM Cuajimalpa-UAM Xochimilco, 2007.

HODGSON, Geoffrey M., *The Evolution of Institutional Economics: Agency, Structure and Darwinism in American Institutionalism*, London, Routledge 2004.

HOLLINGSWORTH, J. Rogers, MULLER, Karl. H. y HOLLINGSWORTH, E. Jane., (Eds.), *Advancing Socio-economics: An Institutional Perspective*, Landham, Rowman and Littlefield Publishers, 2002.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Granada, Editorial Comares, 2000.

KAPLAN, Marcos, MANRIQUE CAMPOS, Irma (Coords.) *Regulación de los flujos financieros internacionales*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

KEYNES, John Maynard, *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*, 4ta. Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

KLUGER, Maurice y ROSENTHAL, Howard, *División de poderes: una estimación de la separación institucional de los poderes políticos en Colombia*, Bogotá, Documentos de Trabajo-FEDESARROLLO, 2000.

KINGHT, Frank, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co., 1921.

KNIGHT, J. y Sened, I., (Edits.) *Explaining Social Institutions*. Michigan, University of Michigan Press, 1998.

KRUGMAN, Paul y OBSTFIELD, Maurice, *Economía Internacional. Teoría y Política*, 2da. Edición, México, McGraw-Hill, 1994.

LAMADRID SAUZA, José Luis, *Larga marcha a la modernidad en materia religiosa*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- LAMBERTON, D. M. *Economía de la información y del conocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- LOMELÍ, Leonardo y ZEBADÚA, Emilio, *LA política económica de México en el Congreso de la Unión (1970-1982)*, México, Fondo El Colegio de México, Cámara de Diputados, IPN, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Ediciones Paidós, Pensamiento Contemporáneo, 1990.
- LÜNDERS, Rolf y RUBIO, Luis, *Estado y Economía en América Latina. Por un gobierno efectivo en la época actual*, México, Miguel Ángel Porrúa-CIDAC-CINCE, 1999.
- MADRID HURTADO, Miguel de la, *El marco legislativo para el cambio*, México, Presidencia de la República, direcciones Generales de Asuntos Jurídicos y de Comunicación Social, 1983.
- , *La política de la renovación*, México, Editorial Diana, 1988.
- , *Cambio de rumbo. Testimonios de una presidencia, 1982-1988*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MALPICA DE LAMADRID, Luis, *¿Qué es el GATT?*, México, Editorial Grijalbo, 1988.
- MARCH, James, G. y SIMON, Herbert A., *Teoría de la Organización*, 3ra Edición, España, Editorial Ariel, 1977.
- MARSHALL, Alfred, *Principios de economía. Un tratado de introducción*, cuarta edición, Madrid, Aguilar S. A de ediciones, 1963.
- MARTINEZ GIRALT, Xavier, *Microeconomía avanzada*, obra electrónica, 2008, documento disponible en: hurkens.iae-csic.org/teaching/MA1/MicroAv.pdf.
- MAS-COLELL, Andreu, *Microeconomic theory*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MAYER-SIERRA, Carlos *La importancia de las reglas. Gobierno y empresario después de la nacionalización bancaria*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- MILLER, Roger Leroy, *Microeconomía moderna*, 7a. edición, México, Harla S.A. DE C.V., 1995.
- , *Economía Hoy, Edición 2001-2002*, Colombia, Pearson Educación de Colombia, 2001.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, 14a. Edición, México, Editorial Porrúa S. A, 2001.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- NELSON, Richard y WINTER, Sydney, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- NEUMMAN, John Von y MORGENSTERN, Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944.
- NICHOLSON, Walter, *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, 8a. Edición, Colombia, McGraw Hill, 2001.
- NISHIJIMA, Shoji y SMITH, Peter H., *¿Cooperación o Rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico México*, Miguel Ángel Porrúa-Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., 1997.
- North, Douglass C., *The Economic Growth of the United States, 1790-1860*, New York, W. W. Norton & Co., 1966.
- NORTH, Douglass C., *Una nueva historia económica. Crecimiento y bienestar en el pasado de los Estados Unidos*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969.
- , *Structure and Change in Economic History*, New York, W. W. Norton, 1981.
- NORTH, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.
- , *Estructura y cambio en la historia económica*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.
- NORTH, Douglass y LEROY MILLER, R., *El análisis económico de la pobreza, el crimen, la usura, etcétera*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- NORTH, Douglass C. y Thomas, Robert Paul, *El Nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, 4ta. Edición, Madrid, Siglo XXI Editores, 1990.
- , *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- NORTH, Douglass *Et al.* (Comps.), *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- NORTH, Douglass C., WALLIS, John J. y WEINGAST, Barry R., *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, U.K., Cambridge University Press, 2009.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros; el caso de los productos exportados*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- NOZICK, Robert, *Anarchy State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1975.
- NUÑEZ JIMÉNEZ, Arturo, *La reforma electoral de 1989-1990*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- OFFE, Claus. *Contradicciones del Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1990
- OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard, Harvard University Press, 1965.
- , *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, Yale, Yale University Press, 1982.
- , *Auge y Decadencia de las Naciones. Crecimiento económico, estanflación y rigidez social*, Barcelona, Editorial Ariel, 1986.
- , *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México, Grupo Noriega editores 1992.
- , *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- , *Poder y prosperidad, La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2001.
- OSTROM, Elinor, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- , *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*, México, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- OCAMPO, José Antonio y Ross, Jaime, *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- PEJOVICH, Svetozar, *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- PEÑA, Sergio de la Peña y AGUIRRE, Teresa, *de la Revolución a la industrialización*, UNAM-OCÉANO, 2006.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Arbitraje Comercial internacional*, México, Editorial Fontamara, 2000.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James A., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional*, México, Editorial Limusa, S.A de C.V., 2009.
- PERROW, Charles, *Sociología de las organizaciones*, Tercera Edición, Madrid, McGraw Hill, 1991.
- PHELPS, Edmund S., *Economía política: Un texto introductorio*, Madrid, Antoni Bosch Editor, 1986.
- PINDYCK, Robert S., *Microeconomía*, Madrid-México, Pearson Educación, 2009.
- POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, México, Editorial Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- REUTER, Paul, *Investissements étranger et arbitrage entre états et personnes privées. La Convention BIRD du 18 du Mars 1965*, Paris, Pedone, 1969.
- ROLL, Erich, *Historia de las Doctrinas Económicas*, segunda edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RIVERA RÍOS, Miguel Ángel, *Desarrollo Económico y Cambio Institucional*, México, UNAM-Juan Pablos Editor, 2010.
- RODRÍGUEZ ARAUJO, Octavio y SIRVENT, Carlos, *Instituciones Electorales y Partidos Políticos en México*, México, Jorale Editores, 2005.
- RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y Wöss, Herfried (Coords.), *Arbitraje en materia de Inversiones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- (Coords.), *Foro de arbitraje en materia de inversión. Tendencias y novedades*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 50.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- (Comp.), *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ROSENTAL, Gert, *El papel de la IED en el proceso de integración en Centroamérica hoy*, México, Siglo XXI Editores, 1975.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Edaf, 1969.
- RUBIN, S. J. y NELSON, R. W., *International Investments Disputes. Avoidance and Settlement*, Saint Paul, West Publications, 1985.
- SALA I MARTÍN, Xavier, *Economía liberal para no economistas y no liberales*, México, Random House Mondadori, 2008.
- SALINAS DE GORTARI, Carlos, *México, un paso difícil a la modernidad*, México, Plaza y Janes Editores, 2002.
- SALVATORE, Dominick, *Economía Internacional*, 8va. Edición, México, Editorial Limusa, 2005.
- SAMUELS, Warren, *Institutional Economics*, 3 Volúmenes, Londres, Edward Elgar, 1988.
- SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, 19a. Edición, México, McGraw-Hill Interamericana, 2010.
- SAMPEDRO, José Luis y BERGOZA, Carlos, *Conciencia del subdesarrollo. Veinticinco años después*, Madrid, Taurus, 1996.
- SAN EMETERIO MARTÍN, Nieves, *Nueva Economía Institucional*, Madrid, Editorial Síntesis, 2006.
- SAY, Jean Baptiste, *Tratado de Economía Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SCHOTTER, Andrew R., *Microeconomía: un enfoque moderno*, México, CECSA, 1996.
- SCHUMPETER, Joseph A., *Historia del Análisis Económico*, Barcelona, España, Ediciones Ariel, 1971.
- SCHUMPETER, Joseph A., *Ensayos de Joseph A. Schumpeter*, Barcelona, España, Oikos-Tau 1968.
- , *Capitalismo, Socialismo y Democracia* (dos tomos), Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983.
- SCHOOTER, Andrew, *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Síntesis de Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, *Deuda externa pública mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- SEN, Amartya, *Elección colectiva y bienestar social*, Madrid, Alianza Editorial, 1976.
- SEN, Amartya, *La desigualdad económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SEPÚLVEDA, Bernardo y CHUMACERO, Antonio, *La Inversión Extranjera en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- SIMON, Herbert, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Cuarta Edición, USA, The Free Press, 1997.
- SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958.
- SOLIMANO, Andrés, TANZI, Vito y SOLAR, Felipe del, *Las termitas del Estado. Ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro Internacional de Globalización y Desarrollo, 2008.
- SOLÍS, Leopoldo, *Economic Policy Reform in Mexico. A case of Study for Developing Countries*, Nueva York, Pergamon Press, 1981.
- STIGLER, George J. *Teoría de los precios*, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1968.
- STIGLITZ, Joseph, *Economía*, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1993.
- , *Economía del sector público*, 3ra. Edición, España, Antoni Bosch editor, 2000.
- TELLO, Carlos, *Estado y desarrollo económico: México, 1920-2006*, 2da. Edición, México, UNAM-Facultad de Economía, 2007.
- , *La política económica de México 170-1976*, 11a. Edición, México, Siglo XXI Editores, 1979.
- VALADÉS, Diego, y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coord.), *Economía y Constitución. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo IV, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- VARIAN, Hal R., *Análisis microeconómico*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 1992.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- , *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 1996.
- VÁZQUEZ CANO, Luis, *El control gubernamental y la Contraloría Social Mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- VÁZQUEZ MORENO, Javier, *Reformas constitucionales para la modernización*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- VILLAR, Antonio, *Lecciones de microeconomía*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 1999.
- VEBLÉN, Thorstein, *Teoría De La Clase Ociosa*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- , *Teoría de la empresa de negocios*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.
- VILLARREAL CORRALES, Lucinda, *TLC, las reformas legislativas para el libre comercio*, México, Porrúa, 2001.
- VIVES CHILLIDA, J. *El Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones*. Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- WILLIAMSON, Oliver E., *Markets and Hierarchies. Anyalisis and Antitrust Implications*, New York, The Free Press, 1975.
- , Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985.
- , *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Institute for International Economics, 1990.
- , *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- , *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991a.
- WILLIAMSON, Oliver E. y WINTER, Sydney, *The Nature of Firm. Origins, Evolution and Development*, Oxford, Oxford University Press, 1991b.
- , *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WITKER, Jorge (Coord.) *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

WOLFGANG, P., *Arbitration and Renegotiation of Internacional Investtment Agreement*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

WUBBEN, Emiel F.M. (Edit.), *Institutions and regulation for economic growth?: public interests versus public incentives*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2011.

ZAJAC, Edward. *Political economy of Fairness*, Cambridge, Massachusets Institute of Techonolgy, 1995.

ZICCARDI, Alicia, *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001.

b) Artículos de revistas

AKERLOF, John, "The Market for "Lemons"": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", en *Quaterly Journal of Economics*", Vol. 84, Núm. 3, Oxford, Oxford University Press, agosto de 1970, pp. 488-500.

ALCHIAN, Armen, "Uncertainty, Evolution and Economic Theory", en *Journal of Political Economy*, Vol. 58, No. 3, Chicago, Chicago University Press, junio de 1950, pp. 211-221.

ALCHIAN, Armen y DEMSETZ, Harlod, "The Property Right Paradigm", en *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No. 1, USA, Economic History Association, marzo de 1973, pp. 16-27.

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, "Las Características del Arbitraje del CIADI", México, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. II, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 299-308.

ALVAREZ ÁVILA, Gabriela, "El arbitraje del CIADI bajo las nuevas *Reglas de Arbitraje* en vigor a partir de abril de 2006", México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, Número 125, mayo-agosto de 2009, pp. 667-704.

AMERASINGHE, C. F., "The Jurisdiction of the International Centre for the settlement of investments Disputes", en *The Indian Journal of International law*, vol. 19, 1979.

ARRIAGA ÁLVAREZ, Emilio Gerardo, "La teoría de Niklas Luhman", en *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, No. 10, Vol. 32, México, Universidad Autónoma del Estado de México, mayo-agosto de 2003.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARROW, K. J. "Economic welfare and the allocation of resources of invention, en National Bureau of Economic Research (Coord.) *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, USA, UMI, 1962, pp. 609-626.

ARROW, Kenneth J., 1969. "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocations", in *Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System*, Volume 1, pp. 47-64. Washington, D.C., Government Printing Office, Washington, pp. 59-73.

BECKER, Gary, "Crime And Punishment: An Economic Aproach"; en *Journal of Political Economy*, Vo. 76, No. 2, Chicago, The University Of Chicago Press, marzo-abril 1968, pp. 169-217.

BOBBIO, Norberto, "Democracia: De los modernos, de los antiguos y de los postreros", en *Este País: tendencias y opiniones*, No. 45, México, diciembre de 1994, pp. 2-8.

BROCHES, A., "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States", en *R. des C.*, t. 136, No. II, 1972.

BROCHES, A., "Urge poner la ley antes que la política", *Revista jurídica del Perú*, Lima, Perú, Año XVIII, No. 1, enero-marzo, 1967.

BUCHANAN, James, "El renacimiento de la teoría económica de la política", en *Breviario Político*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, verano-invierno de 1990.

CABALLERO, Gonzalo, "Instituciones e historia económica: enfoques y teorías institucionales", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, No. 6, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, Primer Semestre de 2004, pp. 135-158.

CABALLERO Gonzalo y María Dolores Garza, "Los fundamentos de la nueva economía institucional hacia la economía de los recursos naturales: comunes, instituciones, gobernanza y cambio institucional", ponencia presentada en la XII Reunión De Economía Mundial, Santiago de Compostela, 26-28 May 2010.

CABALLERO, Gonzalo, "Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom", en *Ekonomiaz*, No. 77, País Vasco, Dirección de Economía y Planificación, 2º cuatrimestre, 2011, pp. 14-51.

CÁRDENAS, Ernesto y OJEDA, Jair, "La Nueva Economía Institucional y la teoría de la implementación", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 4, No. 6, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, primer semestre de 2002, pp. 153-169.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CASILDA BÉJAR, Ramón, “América Latina y el Consenso de Washington”, en *Boletín Económico del ICE*, No. 2803, España, Ministerio de Economía y Competitividad, abril-mayo de 2004, pp. 19-38.

COASE, Ronald. H., “The Nature of the Firm”, en *Economica, New Series*, Vol. 4, No. 16, London, The London School of Economics, 1937, pp. 386-405.

-----, “The Federal Communications Commission” en *The Journal of Law and Economics*, Vol 2, octubre 1959, pp. 1-40.

-----, “The Problem of Social Cost”, en *Journal of Law and Economics*, V. 3, N. 1, Chicago, The University of Chicago Press, 1960, pp. 1-44.

-----, “The New Institutional Economics”, en *Journal of Theoretical and Institutional Economics*, Vol. 140, N. 1, 1984, pp. 229-231.

-----, “An Interview with Ronald Coase”, en *ISNIE Newsletter*, Vol. 2, N. 1, USA, Washington University, 1999, pp. 3-10.

-----, “The task of the Society”, en *ISNIE Newsletter*, Vol. 2, N. 2, USA, Washington University, 1999, pp. 1-6.

COMMONS, John, “Institutional Economics”, en *American Economic Review*, USA, Vol. 21, No. 4, diciembre de 1931, pp. 648-657.

CORDERA CAMPOS, Rolando y LOMELÍ, Leonardo, “El papel de las ideas y las políticas en el cambio estructural en México (1982-2005): un balance preliminar” en *Economía*, volumen XXIX, Nos. 57-58, Perú, Universidad Católica del Perú, junio-diciembre 2006, pp. 195-232.

DEMSETZ, Harold, “Information and efficiency: another viewpoint”, en *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, USA, 1969, pp. 1-22.

DÍAZ DE LA SERNA, Ignacio, “Los primeros tratados internacionales estadounidenses”, en *Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM*, Vol. 3, No. 1, México, UNAM-CISAN, enero-junio, 2008, pp. 155-194.

DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, David Jorge, “Los Poderes Feudales. Las maneras de extracción del excedente en la economía medieval”, en *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 17, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008, pp. 1-14.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ESGERRA ROA, Carolina, “La Economía institucional: aproximaciones y temas de discusión”, *Documento presentado en el Congreso de Estudiantes de Economía*, Universidad de Antioquia, 2003.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A., “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras” en *Relaciones Internacionales*, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de la Plata, Año II, No. 3, Argentina, Universidad Nacional de la Plata, noviembre de 1992.

FERNÁNDEZ OLMOS, Martha, ROSELL-MARTÍNEZ, Jorge y ESPITIA ESCUER, Manuel, “Costes de transacción e integración vertical: una aplicación al sector de denominación de origen calificada Rioja”, en *Economía Agraria y Recursos Naturales*, Vol. 9, No. 2, Madrid, Asociación Española de Economía Agraria, 2009, pp. 27-50.

FIGUERAS, Alberto José y MORENO, Hernán, “Veblen en su sesquincenterario (y la corriente institucionalista)”, en *Anales*, Argentina, Asociación Argentina de Economía Política, 2007.

FIGUERAS, Alberto José, “Ronald Coase, a cuarenta años de un artículo”, en *Actualidad Económica*, Año XI, No. 51, Madrid, Unidad Editorial, mayo-diciembre, 2001, pp. 1-7.

FRENCH-DAVIS, Ricardo y DEVLIN, Robert, “La crisis de la deuda latinoamericana”, en *Comercio Exterior*, Vol. 43, No. 1, México, Banco Nacional de Comercio Exterior, enero de 1993, pp. 4-20.

FRIEDMAN, David, “Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case”, en *Journal of Legal Studies*, Vol 8, No. 2, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, pp. 399-415.

FURUBTON, Eric y PEJOVICH, Svetozar, “Property Right and Economic Theory. A Survey of Recent Literature”, en *Journal of Economic Literature*, Vol. IX, No. 4, USA, American Economic Association, 1972, pp. 1137-1162.

GARCÍA GARNICA, Alejandro *Et al.*, “La coordinación ‘híbrida’ desde las perspectivas de Williamson y Nooteboom”, en *Análisis Económico*, No. 40, Vol. XIX, Primer cuatrimestre de 2004, pp. 101-117.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (Capítulo XI)”, en *Revista de Derecho Privado*, Año 7, No. 19, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-abril, 1996, pp. 87-103.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- GAZOL SÁNCHEZ, Antonio, “Diez años del TLCAN: una visión a futuro”, en *Economía UNAM*, Vol. 1, No. 3, México, UNAM-Facultad de Economía, septiembre-diciembre, 2004.
- GUIMARÃES, Roberto P., “Estado, mercado y democracia: oportunidades y límites de la participación ciudadana en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 40., Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, febrero, 2008, pp. 1-12.
- HARDIN, Garrett, "The Tragedy of Commons" en *Science*, Vol. 162, USA, American Association for the Advancement of Science, 1968, pp. 1243-1248.
- GÓMEZ COLLADO, Roberto y ALBARRÁN CRUZ, José Luis, “El Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 y las relaciones de coordinación Federación-Estado”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública y Estatal*, No. 34 y 35, México, Instituto Nacional de Administración Pública, mayo-diciembre 1989, pp. 13-24.
- GÓMEZ JACINTO, Luis Gerardo, “Información asimétrica: selección adversa y riesgo moral”, en *Informe financiero*, No. 170, Chile, Sociedad Matriz del Banco de Chile, primera quincena, noviembre de 2008, pp. 1-4.
- GONZÁLEZ, Coral, “Una introducción a la racionalidad limitada y la economía del comportamiento”, en *Gaceta de Economía*, Año 16, No. Especial, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Tomo II, 2011, pp. 321-328.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del Área”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 28, No. 28, México, Escuela Libre de Derecho, 2004.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “México ante el Arbitraje CIADI ¿Prudente O Rebelde?”, México, *La barra. Revista de la Barra Mexicana*, No. 64, octubre-diciembre 2007.
- GRANOVETTER, Mark, “Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness”, en *The American Journal of Sociology*”, Vol. 91, No. 3, Chicago, The University of Chicago Press, noviembre de 1985, pp. 481-510.
- GUTIÉRREZ HÁCES, María Teresa, “La inversión extranjera directa en el TLCAN”, en *Economía, UNAM*, Vol. 1, No. 3, México, UNAM, 2004, pp. 30-52.
- HODGSON, Geoffrey M., “El enfoque de la economía institucional”, en *Comercio Exterior*, México, Vol. 53, No. 10, octubre de 2003, pp. 895-916.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

-----, *How Economics Forgot History: The Problem of Historical Specificity in Social Science*, Londres, Routledge, 2001.

HODGSON, Geoffrey M., “¿Qué son las Instituciones?”, en *Revista CS en Ciencias Sociales*, No. 8, Colombia, julio-diciembre 2011, pp. 15-54.

JENNER, R. A. “An information version of pure competition”, en *Economic Journal*, vol. 76, USA, 1966, pp. 786-205.

JENSEN, Michael C. y MECKLING, William H., “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure”, en *Journal of Financial Economics*, No. 3, Holland, North Holland Publishing Company, 1976, pp. 305-360.

JONES, S. R. “The organization of Work. A historical Dimension”, en *Journal of Economic Behaviour and Organization*, USA, Elsevier Vol. 3, 1982, pp. 117-137.

KAPP, K. William, “In defense of institutional economics”, *paper presented at the Institute for International Economics*, University of Stockholm, september 27, 1967, pp. 1-17.

KOVAR, R., “La compétence du Centre International pour le règlement des différends relatif aux investissements”, en *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969.

LAMM, C., “Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, en *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, No. 1, verano de 1996.

LERICHE, GUZMÁN, Cristian y CALOCA OSORIO, Oscar Rogelio, “Racionalidad del *homo economicus* versus la creencia racional: una visión a través de la teoría de juegos” en *Análisis económico*, Vol. XX, No. 43, México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, primer cuatrimestre de 2005, pp. 101-124.

LEÓN MENDOZA, Juan, “¿Cuál es el rol del Estado?”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Año V, No. 15, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Ciencias Económicas, 2000, pp. 45-62.

MARÍN-GARCÍA, Juan A., PERELLÓ, María Rosario y GARCÍA-SABATER, Julio J., “Desarrollo de una metodología para identificar dependencia de camino en gestión de operaciones”, en *Working Papers on Operations Management* Vol. 1, No. 1, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2010, pp. 37-40.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

MARZORATI, Osvaldo J., “Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el Alcance de la protección a las Inversiones”. Madrid, España, *Revista Documentación Administrativa*, No. 267 y 268, septiembre-abril, 2003-2004.

MEDINA, Luis Fernando, “El concepto de equilibrios múltiples en ciencias sociales”, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, No. 24, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, primer semestre, 2011, pp. 237-252.

MÉNDEZ RAMIREZ, José Juan, “Acercamiento al enfoque teórico de los costos de transacción”, en *Espacios Públicos*, Vol. VIII, No. 16, Toluca, México, Universidad Autónoma del Estado de México, agosto, 2005, pp. 140-156.

MORALES, Fabio F, “Eficiencia e intercambio. Corriente neoclásica, institucionalismo y neoinstitucionalismo”, en *Cuadernos de Economía*, Vol. 16, No. 26, Colombia, 1997, pp. 69-82.

MOURAO, Res, “El institucionalismo americano: orígenes y presente”, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 9, No. 16, primer semestre, Universidad del Externado de Colombia, 2007, pp. 315-325.

MURILLO GONZÁLEZ, Jorge, “Efectos de la cláusula compromisoria en los arbitrajes internacionales: el caso del CIADI”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 18, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-abril, 2009, pp. 121-152.

MARTÍN NAVARRO, Alfredo, “Economía, Biología y Evolución”, *Conferencia Inaugural de la 43ª reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*, Argentina, 2008.

NORTH, Douglass C., “Location Theory and Regional Economic Growth”, en *Journal of Political Economy*, Vol. 63, No. 3, Chicago, Chicago University Press, pp. 243-58, June 1955.

NORTH, Douglass C. “Agriculture in Regional Economic Growth,” *Journal of Farm Economics*, Vol. 41, No. 5, Chicago, Chicago University Press, pp. 943-51, December 1959.

NORTH, Douglass, “Las bases de la nueva economía institucional”, disponible en, www.developmentinstitute.org.

NORTH, Douglass C., “Transactions Costs in History”, en *Journal of European Economic History*, No. 14, Roma, Unicredit Group, 1985, pp. 557-576.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

NORTH, Douglass, “Institutions, Transactions Costs and Economic Growth”, en *Economic Inquiry*, Vol. 25, No. 3, California, Western Economic Association International, junio de 1987, pp. 419-428.

NORTH, Douglass C., “Institutions and Economic Growth: An Historical Introduction”, en *World Development*, No. 17, Vol. IX, USA, Elsevier, 1989, pp. 1319-1332.

-----, “La Nueva economía Institucional”, en *Revista Libertas*, No. 12, Buenos Aires, Escuela Superior de Economía y Negocios, mayo, 1990, pp. 1-6.

OLIVIE, Iliana, “El papel de la cooperación internacional: Desigualdad Económica en América Latina”, en *Boletín El Cano*, No. 38, Madrid, Real Instituto El Cano, 2004, pp. 1-5.

PARADA, Jairo, “Economía Institucional Original y Nueva Economía Institucional: semejanzas y diferencias”, en *Revista de Economía Institucional*, primer semestre, Vol. 5, No. 008, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, pp. 92-116.

PARIASCA MARTÍNEZ, Jorge., “El Arbitraje en el CIADI y el fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera”, *Boletín Jurídica /marzo/2006*.

PÉREZ SALAZAR, Mauricio, “Costos, beneficios y orden constitucional”, en *Revista de Economía Institucional*, No. 005, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, segundo semestre de 2001, pp. 129-145.

PERIS-ORTÍZ, Marta, ARMENGOT, Carlos Rueda, RECH, Cristina de Souza y PÉREZ MONTIEL, Manuel, “Fundamentos de la Teoría Organizativa de la Agencia”, en *Nuevas Corrientes del Pensamiento Económico*, No. 865, España, Ministerio de Economía y Competitividad-Información Comercial Española, Marzo-Abril 2012, pp. 107-118.

PERRY, Robert y STEINER, Roberto, “Crecimiento económico y desigualdad”, *Nota de Política*, Ottawa, Fundación Canadiense para las Américas, julio de 2011, pp. 1-8, disponible en <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/08294es.pdf>

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, “La jurisdicción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 73, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-abril de 1992, pp. 99-110.

PORTES, Alejandro, “Instituciones y desarrollo: una revisión conceptual”, en *Cuadernos de Economía*, Vol. 24, No. 45, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, diciembre de 2006, pp. 15-52.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- PRADO ROBLES, Gustavo, A. “El pensamiento económico de Douglass North”, en *Laissez faire*, No. 9, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, Septiembre de 1998, pp. 13-32.
- PRATS, Juan Oriol, “Revisión crítica de los aportes del institucionalismo a la teoría y práctica del desarrollo”, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 9, No. 16, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, primer semestre de 2007, pp. 121-148.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, “El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, T. LVIII, No. 249, México, UNAM-Facultad de Derecho, 2008, pp. 9-30.
- RAMALES OSORIO, Martín Carlos, “Mercado y Estado: Economía Neoclásica vs. Economía Keynesiana”, en *TEMAS de Ciencia y Tecnología*, No. 2, Vol. 1, México, Universidad Tecnológica de la Huasteca, mayo-agosto de 1997, pp. 35-50.
- RAMÍREZ DE AGUILERA, Emilio C., *Et al.*, “Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”, en *Derecho y conocimiento*, Vol. 1, España, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001, pp. 331-339.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, “México y el Mecanismo Complementario del Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI), México, *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 34, 2004, pp. 107-139.
- ROBINS, James A., “Organizational Economics: notes on the Use of Transaction Cost Theory in the Study of Organizations”, en *Administrative Science Quarterly*, Vol. 32, No. 1, Nueva York, Cornell University, 1987, pp. 68-86.
- ROLAND, Gérard, “Understanding Institutional Change: Fast-Moving and Slow-Moving Institutions”, en *Studies in Comparative International Development*, Vol. 38, No. 4, USA, Brown University- Watson Institute for International Studies, Winter 2004, pp. 109-131.
- RUTHERFORD, Malcom, “Economía Institucional: antes y ahora”, en *Análisis Económico*, Segundo Cuatrimestre, Año/Vol. XVIII, No. 38, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2003, pp. 13-39.
- RUTHERFORD, Malcom, “The institutionalism Movement in American Economics”, en *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, Vol. 3, Issue 2, The Netherlands, Erasmus University, 2010, pp. 47-71.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

SALGADO C., Elvira, “Teoría de los costos de transacción”: una breve reseña”, en *Cuadernos de administración pública*, Vol. XVI, No. 26, Bogotá, Colombia, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, julio-diciembre, 2003, pp. 61-78.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, José, “La caída de la URSS y la difícil recomposición del espacio exsoviético”, en *Papeles de Geografía*, No. 23-24, España, Universidad de Murcia, 1996, pp. 283-298.

SCHEURER, Ch. “Commentary on the ICSID, Convention”, en *ICSID Review-FILJ*, Vol. 12, 1997.

SEPULVEDA AMOR, Bernardo, “México y el Arreglo De Controversias en Materia de Inversión: ¿El CIADI como opción viable?”, en *La Barra. Revista de la Barra Mexicana*, No. 48, México, Barra Mexicana de Abogados, enero-febrero, 2005.

SHUBIK, M. “Information, rationality and free choice in a future democratic society”, en *Daedalus*, Vol. 96, USA, 1967, pp. 771-778.

SIQUEIROS, José Luis, “Una visión panorámica de los mecanismos de arbitraje entre estados e inversionistas”, México, *Revista De legibus. Revista de the Harvard Law School Association of México, A.C.*, Año I, No. 1, mayo, 2002.

SNARE, Frank, “The Concept of Property”, en *American Phillosophical Quarterly*, Vol. 9, No. 2, USA, Illinois University Press, abril, 1972, p. 200.

STIGLER, George, “The economics of information”, en *Journal of Political Economy*, Vol. 69, Chicago, University Press, 1961, pp. 213-220.

STIGLER, George, “The theory of Economic Regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, USA, The Rand Corporation, verano de 1971, pp. 3-21.

Toboso, Fernando, “¿En qué se diferencian los Enfoques de Análisis de la Vieja y la Nueva Economía Institucional?”, en *Hacienda Pública Española*, N. 143, 1997, pp. 175-192.

-----, “Institutional individualism and institutional change: the search for a middle way mode of explanation”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 25, 2001, pp. 765-783.

TOBOSO, Fernando y COMPÉS, Raúl, “Nuevas Tendencias Analíticas en el ámbito de la Nueva Economía Institucional. La incorporación de los aspectos distributivos”, en *El Trimestre Económico*, N. 280, 2003, pp. 637-671.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

PULIDO, Urbano, DÍAZ CASERO, J. C. y HERNÁNDEZ MOGOLLÓN, R., “Evolución y principios de la teoría económica institucional. Una propuesta de aplicación para el análisis de los factores condicionantes de la creación de empresas”, en *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 13, No. 3, España, Academia Europea de Dirección y Economía de la Empresa, 2007, PP. 183-198.

RODRIK, Dani y SUBRAMANIAN, Arvind, “La primacía de las instituciones (y lo que implica)”, en *Finanzas y desarrollo, Revista del Fondo Monetario Internacional*, Vol. 40, No. 2, Washington, Fondo Monetario Internacional, junio de 2003, pp. 31-34.

ROSS, Stephen A, “The economic Theory of Agency: The principal’s Problem”, en *American Economic Review*, Vol. 63, No. 2, USA, American Economic Association, Mayo de 1973, 134-139.

RUTHERFORD, Malcom, “La economía institucional: antes y ahora, EUA, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 3, 2001.

VALDÉS ZURITA, Leonardo, “Nueva Ley Electoral y Democracia: algunos avances, muchos retrocesos”, en *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Año 8, No. 15, México, UAM Iztapalapa-División de Ciencias Sociales y Humanidades, enero-junio 1988.

VARGAS HERNÁNDEZ, José Guadalupe “Análisis de fundamentos de la Teoría Institucional”, en *Revista Digital Universitaria*, Vol. VI, No. 8, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 10 de agosto 2005, pp. 1-21.

-----, “La nueva economía política en la transformación institucional del Estado-Nación”, en *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, Vol. 37, No. 145, México, Universidad Nacional Autónoma de México, abril-junio, 2006, pp. 31-51.

VILLAREAL, René, “La nueva economía institucional de mercado y el estado de derecho”, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/95/9.pdf>

WEINGAST, Barry R. y MARSHALL, William J., “The Industrial Organization of Congress; or, Why Legislatures, Like Firms, Are Not Organized as Markets”, en *The Journal of Political Economy*, Chicago, University of Chicago Press, Vol. 96, Num. 1, febrero de 1988, pp. 132-163.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

WESTON, Burns, “Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 16, No. 103, Virginia, Universidad de Virginia, septiembre de 1975, pp. 133-148.

WILLIAMSON, Oliver, “Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange”, en *American Economic Review*, Vol. 74, No. 4, USA, American Economic Association, septiembre de 1983, pp. 519-540.

WILLIAMSON, Oliver, “The New Institutional Economics: Taking stock, Looking Ahead, en *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, No. 3, USA, American Economic Association, septiembre de 2000, pp. 595-613.

WOBESER, Claus von, “Arbitraje entre Estados e Inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRI's suscritos por México, Revista *El Foro*, Undécima Época, T. XII, No. 2, 1999.

YACHIR, Faysal, “Bloques regionales en la economía mundial”, en *Problemas del Desarrollo*, Vol. 26, No. 103, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Económicas, octubre-diciembre de 1995, pp. 91-128.

ZALD, Mayer, N., “Review Essay: The New institucional Economics”, en *American Journal of Sociology*, Vol. 93, No. 3, Chicago, The University of Chicago Press, noviembre de 1987, pp. 701-708.

c) Normatividad

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de febrero de 1975.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, Austria, 21 de marzo de 1986. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 28 de abril de 1988.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmado en la ciudad de Washington, el 18 de marzo de 1965.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado en el Distrito Federal, Ottawa y Washington, D. C., simultáneamente, el 17 de diciembre de 1992, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 20 de diciembre de 1993.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

d) Laudos arbitrales

“Metalclad Corporation v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1).

“Robert Azinian and others v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/97/2).

“Waste Management, Inc. v. United Mexican States” (I), (ICSID Case No. ARB (AF)/98/2).

“Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1).

“Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2).

“Waste Management, Inc. v. United Mexican States” (II), (ICSID Case No. ARB (AF)/00/3).

“Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/02/1).

“Corn Products International, Inc. v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1).

“Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/04/5).

“Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/04/3).

“Talsud, S.A. v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/04/4).

“Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/05/1).

“Cargill, Incorporated v. United Mexican States”, (ICSID Case No. ARB (AF)/05/2).

“S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada”, UNCITRAL Arbitration. Partial Award of November 13, 2000.

e) Sitios de Internet

<http://www.eumed.net/>

<http://www.bibliojuridica.org/>

<http://www.zonaeconomica.com/>

<http://www.latinarbitrationlaw.com/>

<http://www.arbitrajecomercial.com>

<http://www.sem-wes.org/revista/>

<http://www.economiainstitucional.com/>

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>
<http://www.bancomundial.org/>
<http://www.investmentmap.org/>
<http://www.investorwords.com/>
<http://www.investopedia.com/terms/f/fdi.asp>
http://www.promexico.gob.mx/es_mx/promexico/homeG
http://www.going-global.com/articles/understanding_foreign_direct_investment.htm
<http://www.revista.unal.edu.co/index.php/ceconomia/index>
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/portadarevistas>
<http://econpapers.repec.org/>
<http://www.economia48.com/>
<http://www.zonaeconomica.com/>
<http://www.ieco.clarin.com/>
<http://lawecon.lp.findlaw.com>
<http://encyclo.findlaw.com/>
<http://encyclo.findlaw.com/>
<http://ilsa.org.co:81/>
<http://www.intracen.org/>
<http://www.econlinks.uma.es/>
www.econlinks.uma.es/Links/EstInter.htm

