

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Facultad de Ciencias Políticas y Sociales

“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS VÍA ARBITRAJE
COMERCIAL EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA
DIRECTA EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN”

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO EN
LICENCIADO EN
RELACIONES INTERNACIONALES
P R E S E N T A:
CYNTHIA CUENCA GONZÁLEZ ZÚÑIGA

ASESORA
DRA. MÓNICA CLAIRE GAMBRILL RUPPERT



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.

Deseo expresar mi gratitud y reconocimiento a la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, a la FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES y a todos los maestros que a lo largo de mi vida académica me alentaron para seguir adelante.

En especial a Mónica Gambrill Ruppert, ya que gracias a su asesoría y valiosa dirección logré el presente trabajo.

A mi familia por su apoyo y su infinita paciencia.

A mis papás Laura y Mario Agustín, ustedes siempre han sido mi fuente de inspiración.

Gracias por todo el amor y apoyo que siempre me han brindado.

A mi hermano Ricardo, siempre has sido un ejemplo a seguir, gracias por estar conmigo en las buenas y en las malas.

A mis abuelos Lucía, Rodolfo, María y Agustín, gracias por su cariño y apoyo.

A Sergio, mi cómplice en esta aventura, llamada vida. Gracias por brindarme tu amor y tu apoyo en todo momento y dejarme compartir este camino contigo, al cual todavía nos faltan muchos kilómetros por recorrer.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN **1**

CAPÍTULO 1. EL COMERCIO INTERNACIONAL **7**

1.1. CONCEPTO	8
1.2. EL COMERCIO INTERNACIONAL EN LA ETAPA MODERNA	8
1.3. EL COMERCIO INTERNACIONAL EN LA ETAPA CONTEMPORÁNEA	15
1.4. MÉXICO ANTE EL COMERCIO INTERNACIONAL	26
1.5. REGULACIÓN JURÍDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL	28
1.5.1. NATURALEZA DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL	28
1.5.2. SUJETOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL	30
1.5.3. OBJETO DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL	33
1.5.4. MÉTODOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO EN MATERIA DE COMERCIO INTERNACIONAL	35

CAPÍTULO 2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL **40**

2.1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	41
2.2. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES	42
2.2.1. RECURSO ANTE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LOS ESTADOS	42
2.3. PROCEDIMIENTOS NO JURISDICCIONALES	44
2.3.1. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	44
2.3.2. CARACTERÍSTICAS	46
2.4. DIVERSOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	48
2.4.1. LAS CONSULTAS	49
2.4.2. LA INVESTIGACIÓN	49
2.4.3. BUENOS OFICIOS	50
2.4.4. CONCILIACIÓN	51
2.4.5. MEDIACIÓN	54
2.4.6. MINIJUICIO	57
2.4.7. AMIGABLE COMPOSICIÓN	58
2.4.8. TRANSACCIÓN EXTRAPROCESAL	60
2.4.9. RENTA DE UN JUEZ	60
2.4.10. RESOLUCIÓN POR ASISTENCIA A LA CORTE	60
2.4.11. ARBITRAJE	61

CAPÍTULO 3. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL **67**

3.1. EL ARBITRAJE	68
3.1.1. CONCEPTO	69
3.1.2. NATURALEZA	71
3.1.3. ORIGEN	71
3.1.4. MATERIAS ARBITRABLES	76
3.1.5. TIPOS DE ARBITRAJE	78
3.1.6. CARACTERÍSTICAS	83
3.1.7. PRINCIPIOS PROCESALES DEL ARBITRAJE	91
3.2. PROCEDIMIENTO ARBITRAL	93

3.2.1. ETAPA CONSTITUTIVA	94
3.2.2. ETAPA PROBATORIA	94
3.2.3. ETAPA CONCLUSIVA	96

CAPÍTULO 4. EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

100

4.1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TLCAN	102
4.1.1. CONSULTAS O NEGOCIACIONES	107
4.1.2. ARBITRAJE	108
4.2. PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN	112
4.2.1. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	113
4.2.2. LUGAR DEL ARBITRAJE	114
4.2.3. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	114
4.2.4. CONTENIDO Y DEFINITIVIDAD DEL LAUDO	117
4.3. CASOS DE ARBITRAJE COMERCIAL CONTRA MÉXICO YA RESUELTOS EN EL MARCO DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN	118
4.3.1. METALCLAD CORPORATION CONTRA MÉXICO	121
4.3.2. ROBERT AZINIAN CONTRA MÉXICO	129
4.3.3. WASTE MANAGEMENT I CONTRA MÉXICO	133
4.3.4. WASTE MANAGEMENT II CONTRA MÉXICO	134
4.3.5. MARVIN FELDMAN CONTRA MÉXICO	140

CONCLUSIONES

147

ANEXO. CAPÍTULO XI DEL TLCAN

157

BIBLIOGRAFÍA

173

INTRODUCCIÓN

El tema central de este trabajo es una muestra de que el contexto de las relaciones internacionales contemporáneas ha obligado a buscar mecanismos de solución alternos a la nueva problemática existente, dado que durante la Posguerra Fría, las relaciones internacionales han enfrentado una profunda transformación: la política internacional se ha ido determinando por la conflictiva arena de la economía internacional, el mercado se ha convertido en un nuevo polo del orden mundial, el Estado nacional se ha reblandecido ante la emergencia de bloques supranacionales.

El mundo se somete en los albores del siglo XXI a un proceso general de globalización que tiende a modificar el equilibrio del poder. El peso de la rivalidad ideológica y militar de la Guerra Fría es sustituido por la pugna por el dominio tecnológico y comercial. La economía reclama, ante la política, un espacio de atención más amplio en las relaciones internacionales.

Hoy en día estamos inmersos en un mundo en el que el camino a seguir es la formación de bloques económicos, para hacer frente a las demandas de nuestra realidad internacional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es ejemplo de ello.

México, a lo largo de los últimos años, ha intensificado sus relaciones comerciales, lo cual lo ha llevado a celebrar una serie de tratados comerciales que facilitan el intercambio. Dentro de estos tratados se han contemplado un conjunto de normas que regulan el intercambio de mercancías, la cooperación y la solución de controversias.

Los procesos de integración económicos están abriendo espacios novedosos a la cooperación, lo que permite el incremento del intercambio económico de los países que participen en ellos, así como la oportunidad de incorporar los

avances tecnológicos y científicos necesarios para el logro de un desarrollo pleno.

México ha llevado a cabo durante los últimos quince años una serie de reformas muy importantes para transformar al país de una de economía cerrada a una economía abierta. Uno de los instrumentos que ha utilizado el gobierno mexicano para abrir la economía y con ello fomentar el libre comercio de bienes y servicios y el fomento de la inversión extranjera, son los Tratados de Libre Comercio y los llamados Acuerdos para la Protección para la Inversión (APPRIS)¹.

El primer Tratado de Libre Comercio celebrado por México fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre los Estados Unidos de América, Canadá y México, mismo que entró en vigor el 1º de enero de 1994. Por la importancia que tiene el comercio entre México y Estados Unidos y por la firma del TLCAN, el gobierno mexicano se propuso firmar Tratados de Libre Comercio y APPRIS para la protección de la inversión con otros países, tomando siempre como base el TLCAN.

Así, la creciente integración de los mercados mundiales con el consecuente aumento de los flujos de comercio e inversión genera, inevitablemente un incremento en las controversias comerciales internacionales, tanto entre los Estados signatarios del tratado, como entre los particulares que realizan las transacciones; de ahí la necesidad de contar con mecanismos adecuados y eficaces para solucionarlas.

México tiene una cierta tradición en materia de arbitraje, tanto público como privado, y no ha sido ajeno a la evolución de los medios alternativos de solución de controversias. La incorporación en el derecho mexicano de los mecanismos

¹ México ha celebrado APPRIS con España, Suiza, Argentina, Alemania, Países Bajos, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Francia, Finlandia y Uruguay.

entre particulares y el Estado, sin embargo, es reciente. El TLCAN era uno de los Tratados que incluía un instrumento donde se establecía un mecanismo de solución de controversias donde una de las partes era un inversionista y la otra era un Estado, constituyendo en sí mismo una innovación al sistema². A partir de entonces, en otros tratados comerciales internacionales ha sido una constante que se incluya este mecanismo.³

Si bien los Tratados de Libre Comercio antes mencionados y los APPRIS tienen diversos mecanismos de arbitraje, particularmente para resolver las controversias entre los estados, por la naturaleza de este trabajo, me referiré de manera especial a las controversias entre los inversionistas y Estados anfitriones de la inversión extranjera, por ser el que se encuentra establecido en el TLCAN.

Las normas que contemplan la solución de controversias tienen como fin agilizar, facilitar, dirimir y resolver la relación comercial para evitar el anquilosamiento de las transacciones que, recurriendo a otros métodos, como los tribunales internos, se prolongarían inevitablemente. Así, las normas de solución de controversias reflejan una gran importancia dentro del quehacer del comercio y del derecho internacional privado. La relevancia de este sistema de solución de controversias se entiende de mejor manera en el TLCAN que es el tratado comercial más relevante suscrito por México en la actualidad.

Es por ello que es de suma importancia para los internacionalistas estudiar y conocer el sistema regulatorio del comercio internacional para poder hacer frente a las controversias comerciales que se suscitan dentro del complejo sistema capitalista internacional, debido a la gran proliferación de negociaciones y acuerdos comerciales internacionales.

² La innovación consiste en que el TLCAN concede a los inversionistas el derecho de iniciar un juicio arbitral internacional en contra de un Estado, derecho que tradicionalmente le correspondía únicamente a los Estados.

³ *Cfr.* Los tratados de libre comercio entre México y Bolivia (capítulo XV), México y Costa Rica (capítulo XIII) y el Grupo de los Tres (capítulo XVII); así como los acuerdos de promoción recíproca de inversiones que México tiene celebrados con España y Suiza.

En el contexto de las relaciones internacionales contemporáneas surgen complejos problemas que han obligado a la implementación de diversos mecanismos de solución de controversias. Algunos tratados internacionales prevén estos problemas, como es el caso del TLCAN, el cual establece métodos para solucionar conflictos en materia de inversión en el capítulo XI; en materia de *dumping* y subvenciones en el capítulo XIX; y el aplicable a las controversias de carácter general en el capítulo XX.

El presente trabajo tiene como objetivo identificar los diferentes mecanismos de solución de controversias en el TLCAN, resaltando el arbitraje comercial utilizado en el capítulo XI referente a la inversión. Asimismo, pretendo estudiar las diferentes controversias que se han suscitado contra México en materia de inversión extranjera y que se han resuelto, dentro del marco del Tratado.

La hipótesis de trabajo en esta tesis, parte del hecho de que el arbitraje previsto en el capítulo XI del TLCAN es el instrumento completo para solucionar controversias en materia de inversión de una forma rápida, eficaz, económica y flexible, lo cual resulta idóneo para los inversionistas, que buscan agilizar sus negocios.

En el primer capítulo se hará una descripción del desarrollo del comercio internacional, a partir de un periodo que he considerado como el inicio de la estructura económica y comercial contemporánea, es decir, la Segunda Guerra Mundial, no sin antes dar un breve repaso de la evolución del comercio desde sus inicios hasta la actualidad. Asimismo, es de gran importancia para el presente trabajo, reflexionar sobre la necesidad de tener una regulación jurídica del comercio, que sea aplicable a nivel mundial.

El segundo capítulo tiene como objetivo exponer, de la manera más sencilla posible, las diferentes alternativas a los procedimientos estatales que se pueden

utilizar para solucionar controversias mercantiles en un contexto internacional, como son los procedimientos jurisdiccionales, es decir, ante un tribunal estatal y los procedimientos jurisdiccionales, como son los métodos alternativos de solución de controversias. Dentro de los métodos alternativos de solución de controversias hablaré de las características de cada uno de ellos, haciendo énfasis en sus ventajas.

En el tercer capítulo se estudiará la conceptualización, naturaleza y origen del arbitraje comercial. Por otra parte, analizaré las distintas etapas que forman al arbitraje y sus características para poder entender la importancia del mismo dentro del sistema internacional de solución de controversias.

El último capítulo tiene como objeto analizar uno de los mecanismos de solución de controversias más específico y a la vez innovador, dentro del Tratado, es decir, el referente a la resolución de conflictos derivadas de supuestas violaciones de los derechos que establece el TLCAN a alguno de los inversionistas de los Estados miembros, por parte de otro del Estado anfitrión de la inversión.

El capítulo inicia con una exposición de las principales disposiciones del capítulo XI. En esta sección también se analiza el diseño institucional del mecanismo de solución de disputas y sus peculiaridades. Para finalizar se hace un estudio de los casos que se han presentado ante el mecanismo inversionista – Estado anfitrión, en contra de México y los cuales ya han sido resueltos y se tratará de discutir a detalle estos casos ya resueltos por los tribunales arbitrales.

Asimismo, en virtud de que algunas de las decisiones de los tribunales arbitrales han generado preocupación entre importantes grupos, y de hecho han llevado a la conclusión a algunos de ellos que el mecanismo inversionista – Estado vulnera la soberanía de los Estados para promulgar políticas públicas que regulen el medio ambiente o la salud pública, en la parte final del trabajo hablaré

de los argumentos que se han vertido para avalar esta crítica. Este análisis se realiza a la luz de la experiencia de operación del mecanismo desde su entrada en vigor, y a su vez sirve para obtener algunas conclusiones acerca del valor que ha tenido el mecanismo inversionista – Estado para resolver eficazmente los conflictos que se le han planteado y mejorar la gestión de las relaciones de inversión entre los socios del TLCAN.

CAPÍTULO 1. EL COMERCIO INTERNACIONAL

En el siglo XXI las relaciones comerciales entre los Estados van por delante de las políticas exteriores. Por lo que, en la actualidad, el eje rector de la relación entre los países es la apertura comercial. Así tenemos que, el comercio se ha vuelto elemento fundamental de las relaciones internacionales, imponiéndose a los aspectos políticos, sociales y culturales. Es a partir del surgimiento del fenómeno de la globalización, en donde el comercio se convirtió en un instrumento de política exterior en la mayoría de los países.

Los procesos de integración económicos están abriendo espacios novedosos a la cooperación, lo que permite el incremento del comercio de los países que participen en ellos, así como la oportunidad de incorporar los avances tecnológicos y científicos necesarios para el logro de un desarrollo pleno.

Las relaciones internacionales se ven privilegiadas por el aspecto económico y comercial, factores claves para el entendimiento de las naciones. Hoy día, nos encontramos frente a un mundo en el que prevalece la tendencia de formación de bloques económicos, para poder enfrentar los nuevos retos de la escena internacional.

En este primer capítulo se hará una descripción del desarrollo del comercio internacional, a partir de un periodo que se ha considerado como el inicio de la estructura económica y comercial contemporánea, es decir, la Segunda Guerra Mundial, no sin antes dar un breve repaso de la evolución del comercio desde sus inicios hasta la actualidad. Asimismo, es de gran importancia para el presente trabajo, estudiar lo relativo a la necesidad de tener una regulación jurídica del comercio, que sea aplicable a nivel mundial.

Por otra parte, también es fundamental destacar la intervención que ha tenido México en el comercio mundial y el papel que desempeña dentro de los

mercados internacionales, lo que ha dado origen a la necesidad de adecuar la legislación interna a los usos comerciales.

1.1. Concepto

Comercio proviene del latín *commercium*, de *cum*, con y *merx-cis*, mercancía. El comercio “constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza.”¹

El comercio internacional es “aquella parte de la economía que regula los intercambios de mercancías y productos entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales o países distintos. Las operaciones de comercio exterior son variadas y jurídicamente pueden asumir diversas modalidades, tales como la compraventa mercantil internacional, el arrendamiento de muebles entre residentes de dos o más países, arriendos temporales, entre otros.”²

El término comercio puede analizarse desde un punto de vista económico y uno jurídico. Desde el económico, consiste en una mediación entre productores y consumidores, la cual es llevada a cabo por un determinado grupo de personas especializadas, quienes buscan obtener el mayor lucro posible.

Si bien es un concepto perteneciente al mundo de la economía, ya que ésta se ocupa de la circulación de la riqueza, también guarda un estrecho vínculo con el derecho, pues hay una relación social que lo pone en movimiento.

¹ Witker, Jorge y Acosta Romero, Miguel. *Enciclopedia jurídica mexicana*. Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2002, p.243.

² Witker, Jorge. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, Tomo II, México, 1985, p. 142.

En términos jurídicos el comercio no es sólo una intermediación lucrativa, sino también la actividad de las empresas, de la industria, de los títulos de crédito, etc. El concepto jurídico es variable, porque se refiere a lo que el legislador haya querido considerar como tal y éste se plasma a lo largo del derecho positivo y de manera implícita.

Desde el punto de vista jurídico, el comercio se encuentra regulado principalmente por el derecho mercantil, el cual se encarga, entre otros asuntos, de los actos de comercio, contratos mercantiles, sociedades de comercio y demás relaciones entre comerciantes. El derecho mercantil se puede estudiar desde un aspecto nacional o uno internacional, atendiendo el hecho de que las mercancías crucen las fronteras políticas de los países, caso en el cual se está en presencia de la regulación del comercio internacional.

El comercio internacional puede ser definido como "...aquél que se realiza entre los Estados que componen la comunidad internacional, ya sea por medio de organismos oficiales o de los particulares mismos. También debe considerarse comercio internacional aquel que tiene lugar entre un Estado y una comunidad económica...".³

Así, tenemos que el comercio internacional es una variante de todo sistema económico, en el cual los países y los particulares intervienen como vendedores y compradores de bienes y servicios en los mercados externos.

1.2. El comercio internacional en la etapa moderna

Los primeros antecedentes premodernos del comercio internacional, desde la óptica occidental, se pueden encontrar en el intercambio mediterráneo de la baja Edad Media en el que, ciudades como Génova, Pisa y Venecia jugaron un papel

³ Garrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, tomo I, A-D, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 243.

relevante a raíz de las Cruzadas, las cuales activaron el tráfico en el Mediterráneo. Estas ciudades sirvieron como punto de enlace con Oriente, principalmente para el comercio de bienes como la seda, las especias, la plata, el oro y las porcelanas. Por otra parte, el comercio en Flandes se centró en productos de consumo más común, como la lana en bruto, paños y tintes.

Este comercio alcanzó su apogeo a finales del siglo XIV, pero se vio afectado por la presión de los turcos desde Oriente, y en menor medida por las guerras europeas del siglo XV.

Desde el punto de vista jurídico, el auge en Italia consiste en que, al no ser posible regular las hipótesis nacientes del comercio en el *corpus iuris civilis*⁴, ya que el derecho ahí contenido no respondía a las exigencias de la época, surgen las prácticas uniformes en las operaciones comerciales que en la mayoría de los casos se imponían obligatoriamente en las corporaciones o asociaciones de comerciantes, cimentadas en una serie de usos y costumbres comerciales que paulatinamente van recopilándose como ordenanzas y estatutos, entre las que sobresalen: las Ordenanzas de Bilbao, de Colbert en lo relativo a comercio terrestre y marítimo; los Roles de Olerón, respecto al comercio marítimo.

Durante la Edad Media van surgiendo las *corporaciones* como organización de productores en cuerpos o comunidades de oficios que agrupan en un ente jerarquizado a todos los que, en una ciudad, ejercen la misma profesión, ya sean maestros, trabajadores especializados, y aprendices; para fines devocionales pero, sobre todo y cada vez más, por actividad económica, reglamentación de la profesión, ayuda y defensa mutuas control político por autoridades urbanas, eclesiásticas, señoriales y reales. A ello se agrega el tipo de corporación creado por grupos de mercaderes, y otro que articula e institucionaliza las autoridades municipales de una ciudad o pueblo.

⁴ Compilación de leyes hecha por el emperador Justiniano.

Desde el siglo XIII, las corporaciones se constituyen en cuadro general de la vida económica y social urbana hasta las vísperas de las revoluciones políticas y económicas de los siglos XVII y XVIII. Ellas van mostrando un desajuste creciente ya desde fines de la Edad Media, en relación al cambio de las condiciones económicas y sociales.

Desde los siglos XVI y XVII, va apareciendo otro tipo de corporación como nuevo fenómeno económico y jurídico, debido al surgimiento de Gran Bretaña y Francia como sociedades comerciales, marítimas y de colonización en América Asia y África, con autorización de sus coronas. La Revolución Industrial determinó la aparición de nuevas corporaciones, con carta otorgada por el rey o el parlamento, destinadas a financiar grandes unidades y nuevas empresas económicas (como son los ferrocarriles y las fábricas equipadas con maquinaria a vapor).

Así, se daría paso al Estado corporativo que se compondría de un número de diversos grupos económicos y funcionales. Por su parte, la representación del ciudadano individual, su participación en el gobierno, dejarían de basarse en la ubicación territorial de su residencia, para estarlo en el grupo funcional del cual es miembro por ocupación o profesión. Teóricamente, las corporaciones deberían ser autónomas, como lo eran en mayor o menor grado los estamentos y gildas de la Edad Media.

Hay que recalcar que en las corporaciones existían tribunales que tenían una función jurisdiccional, realizada por los cónsules, que en principio se ejercía frente a comerciantes agremiados y matriculados, sistema mercantil denominado subjetivo, en virtud de que lo más importante era el sujeto, es decir, la figura del comerciante. Posteriormente, se amplió a comerciantes miembros de diversas corporaciones y a particulares que trataban con comerciantes.⁵

⁵ Garrone, *op. cit.*, p. 244.

Con el descubrimiento de América, Italia dejó de ser eje del comercio universal, pasaron entonces a serlo España, Francia y Holanda principalmente. Paulatinamente el Estado fue restando jurisdicción a los tribunales consulares, con la creación de tribunales judiciales y legislando sobre la propia materia.

No obstante, el gran salto hacia un comercio mundial más moderno se daría a finales del siglo XV con el avance de los pueblos ibéricos en la ruta de las Indias y de América. A mediados del siglo XVI se extendió la penetración comercial europea hasta ambas costas del Pacífico. Las dos grandes potencias coloniales, España y Portugal, hicieron entrar en la corriente internacional nuevas mercancías, pero sobre todo introdujeron grandes cantidades de metales preciosos, los cuales ayudaron a reactivar la circulación económica.⁶

Sin embargo, las dos naciones ibéricas no lograron consolidarse como grandes centros comerciales e industriales. Portugal negociaba, principalmente, a través de Amberes, donde se distribuía la mayor parte de las ganancias comerciales. España no pudo retener el flujo de metales preciosos al resto de Europa, fundamentalmente a Flandes, Italia y Alemania, donde surgió la primera generación de banqueros. Asimismo, las guerras de Carlos V, en su intento de frenar la expansión del luteranismo y el poder de los reyes y príncipes del Sacro Imperio, fueron la causa del simple paso del oro por tierras españolas.

Otro de los factores que ayudó a frustrar las grandes aspiraciones comerciales de España fue la prohibición de Felipe II a los holandeses de comerciar en Amberes y Lisboa. Dicha prohibición impulsó a Holanda como potencia comercial, sustituyendo a las naciones ibéricas. El capitalismo holandés fue el punto de partida de una gran actividad comercial y la creación de industrias transformadoras en Holanda. Así, el primer centro comercial mundial pasó de Amberes a Amsterdam, donde en 1609 se creó el primer gran banco comercial

⁶ Véase Witker, *Diccionario..op. cit.*

de la Historia, el “Banco de Amsterdam”, y en donde ya desde 1561 funcionaba la primera Bolsa de Valores.⁷

Por su parte, la entrada de Francia en el comercio internacional fue más bien lenta y poco exitosa. Los franceses fundaron sus primeros "establecimientos" en Canadá, en lo que ahora es la provincia de Québec, pero esta colonia no dio los resultados esperados. Además, las guerras con Holanda y España impidieron su desarrollo y también propició la aparición de Gran Bretaña como nueva potencia comercial. Los ingleses buscaron nuevos horizontes en las zonas de América que España no había ocupado: Norteamérica.

En 1651, el desarrollo inglés se consolidó con la "Navigation Act" de Commonwell que reservó el tráfico de productos ingleses a la flota inglesa y además, con el Tratado de Mithuen de 1703 convirtió a Portugal y a su imperio colonial en una nueva colonia económica británica, de tal forma que gradualmente, el comercio y el contrabando inglés se convirtió en un hecho institucionalizado en todo el imperio español. De esta forma, la marina británica adquirió la hegemonía en todos los mares del mundo. Las guerras europeas del siglo XVIII le sirvieron para ocupar posiciones en todas las costas, lo que permitió ir creando el imperio colonial y comercial más importante.

El periodo de las guerras napoleónicas significó para Gran Bretaña su consolidación como la economía más fuerte de la época. La revolución industrial, gestada en territorio inglés, así como su predominio de los mares, hicieron de la Gran Bretaña el eje de la política y la economía mundiales. La pérdida de las Trece Colonias se vio compensada con la penetración en la India y en Canadá, a costa de Francia, y con la ocupación de grandes territorios en Australia, África Oriental y del Sur. Así, se abrió una nueva etapa, que pasó del mercantilismo al librecambismo, donde se crearon las condiciones de una verdadera economía internacional.

⁷ *Ibid*, p.240

El libremercantilismo surgió en el siglo XIX como una reacción a las trabas comerciales introducidas por el mercantilismo. Esto debido a que a lo largo de los siglos XVII y XVIII se dieron en Europa las primeras bases de la actividad industrial, por lo que muchos países establecieron altos derechos a la importación de manufacturas, listas de prohibiciones, obstáculos a la exportación de materias primas, subsidios a las industrias nuevas, para protegerse de este nuevo impulso industrial. Los Estados libremercantilistas se convirtieron en centros de poder para fomentar el comercio y el capitalismo incipiente, gradualmente se convirtió en un capitalismo de manufactura.

En el libremercantilismo puede observarse un comercio internacional sin trabas comerciales, ni barreras arancelarias importantes. El triunfo de la era del libremercantilismo se consolidó con el tratado franco - británico Cobden – Chevalier, en donde se establecía la división internacional del trabajo, el patrón oro, el comercio con pocas trabas, la libertad de migraciones y la libertad de los mares.

Sin embargo, el libremercantilismo a favor de Inglaterra no duró mucho. A finales de la década de 1870, se abrió una gran polémica entre el libremercantilismo y el proteccionismo donde hubo importantes movimientos para sustituir el libre comercio por el comercio leal, sobre una base de reciprocidad y pensando en un sistema de preferencias imperiales. Varios países europeos fueron adoptando políticas arancelarias más proteccionistas a fin de desarrollar sus propias industrias frente a la competencia británica.

A partir de 1918, la era del libremercantilismo dio paso a una economía mundial en la que surgió un nuevo sistema económico antagónico del capitalismo que fue el socialismo.

Así, se dio paso al "bilateralismo" cuyo primer instrumento fue el uso de restricciones que se utilizaron como medida de represalia económica y después

como mecanismo de protección. También surgió el régimen conocido como comercio de Estado donde se utilizó el control de cambios por parte de la autoridad gubernamental.

Asimismo, a partir de la década de los años treinta se abandonó el patrón oro y se dio una elevación de los aranceles y se establecen restricciones en el intercambio de mercancías, de personas y de capitales.

1.3. El comercio internacional en la etapa contemporánea

La evolución de la economía internacional durante los últimos 150 años ha representado, en cierta medida, una respuesta a los cambios producidos por las circunstancias políticas, económicas y tecnológicas dentro de las que se han desarrollado las relaciones entre los países.

Se puede considerar que el único rasgo importante de la economía internacional antes de 1913, lo constituye el haber estado dominado por una sola potencia: Gran Bretaña, debido a que fue el primero en industrializarse, en establecer el patrón oro y en aceptar el librecambismo como regla de comercio internacional.

A su vez, Francia, Alemania y Estados Unidos comenzaron, a partir de 1870, a desempeñar un papel decisivo como promotores de la expansión económica mundial, pero a pesar de sus esfuerzos, "Inglaterra continuó gozando de una cierta preeminencia en los negocios financieros mundiales y fue su adhesión al librecambio, en un periodo en que se iniciaba un retorno general al proteccionismo, lo que le otorgó un liderazgo indiscutible."⁸

⁸ Para conocer más sobre este tema, consultar a Kenwood, A. G. y Loughheed, A. L., *Historia del desarrollo económico internacional*, Ed. ISTMO, España, 1972, p. 229.

Sin embargo, este panorama cambió profundamente con la Primera Guerra Mundial. La decadencia en la posición económica internacional de Inglaterra hizo que apareciera en escena un nuevo líder con un poder económico e industrial en desarrollo: los Estados Unidos.

Dado el colapso de la estructura tradicional no existía gran esperanza de una colaboración intergubernamental en la búsqueda de una solución multilateral para los problemas económicos mundiales, y si bien es cierto que las exigencias del comercio produjeron finalmente algún acuerdo internacional para estabilizar los tipos de cambio, al igual que los "intentos referentes al comercio y a los problemas financieros durante la década de 1930 fueron predominantemente bilaterales, o bien, realizados dentro de una estructura de bloques regionales discriminatorios"⁹.

El éxito obtenido de los acuerdos internacionales sobre una amplia variedad de materias económicas desde comienzos de la década de 1940 en adelante, contrasta con lo establecido en los años anteriores a la guerra.

Fue así que, como terminada la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos se consolidó como la potencia económica, política y militar a nivel mundial, mientras que países como Gran Bretaña y Francia se debilitaron. De esta forma, se empezó a reestructurar la economía internacional, a través de los ejes delineados por Estados Unidos.

A su vez, Europa buscó fortalecerse a través de la integración económica de sus países para así poder tener un papel relevante dentro de la economía internacional, pero no fue sino hasta años posteriores cuando consiguieron su objetivo. El interés europeo de tener un peso más importante se debía a que en esos años el mundo que emergía de la Segunda Guerra Mundial era de

⁹ Garrone, *op.cit.* p. 231.

estructura bipolar, bajo los lineamientos de dos superpotencias, una los Estados Unidos que era líder del mundo capitalista y la otra la Unión Soviética que dominaba el escenario socialista; fue bajo estas condiciones que comenzó la llamada "Guerra Fría".

Es en esos mismos años cuando se da la descolonización política de gran parte de los territorios que aún estaban bajo el dominio tanto en África como en Asia. De esta forma entran en escena un gran número de países nuevos y colonias que van a ejercer presión para ser tomados en cuenta por la comunidad internacional estando estos países caracterizados por su extrema pobreza y su incapacidad de conseguir una organización interna que les permitiera salir de su situación. Con el surgimiento de estos nuevos países surge también el interés de ambos polos - capitalista y socialista - por integrarlos a sus filas.

Ante el fracaso de la Sociedad de Naciones era imperativo crear un nuevo organismo que tuviera un mayor peso político, económico, social y militar para solucionar los problemas derivados por la guerra, fue así que surgió la Organización de las Naciones Unidas. Asimismo, era necesario que dicha organización fuera lo suficientemente fuerte para fomentar el diálogo entre los países, que regulara el comercio y que estableciera normas sobre el sistema monetario y financiero internacional.

De esta forma, después de la Segunda Guerra Mundial, se crearon organismos de financiamiento, con el objetivo principal de otorgar fondos para proyectos de inversión, que sirvieran para fomentar el desarrollo económico de los países miembros. A pesar de existir cierta analogía en los principios de organización y en las formas de operación, dichas instituciones presentaron diversas modalidades dependiendo de los tipos de proyectos y de los campos que tuvieran autorizadas a financiar, según se tratara de instituciones multilaterales o bilaterales.

Dentro de esta gama de instituciones es necesario distinguir al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional, resultado de la Conferencia de Bretton Woods, realizada en 1944, dentro de la cual se delinearon las directrices a seguir en la formación de la economía internacional de la posguerra.

Dentro del aspecto comercial, cabe resaltar que, fue durante los años de la posguerra cuando se buscó crear una organización que regulara las relaciones comerciales internacionales. Así, el apoyo de las grandes potencias y en especial de Estados Unidos, se logró en Londres a finales de 1946, que al año siguiente se firmara la "Carta de la Habana" donde se propuso la creación de una Organización Internacional de Comercio. No obstante, dicha Carta no llegó a ratificarse ante la negativa de Estados Unidos, que influyó sobre las decisiones de los demás países, además del éxito de la primera sesión del "Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio" (GATT) en 1947, con la firma de 23 países lo cual redujo la urgencia para la creación de dicha organización y con los años se olvidó tal propuesta.

Fue así como surgió el GATT teniendo como finalidad el establecer un comercio mundial ordenado, y de esta forma los países firmantes se comprometieron a una serie de comportamientos comunes en materia comercial, tales como:

- "No discriminación y reciprocidad, concediéndose de forma multilateral las mismas ventajas todos los países, de manera que la concesión de un país a otro de ventajas arancelarias daba derecho a cualquiera de los países firmantes a reclamarlas para sí.
- Supresión de obstáculos no arancelarios, reducción de aranceles, condena de las prácticas de dumping.
- Consultas periódicas y acción de todos sus miembros."¹⁰

¹⁰ Cfr., Martínez Peinado, Javier, et. al. *Economía mundial*, Ed. McGrawHill Interamericana, Madrid, 1995.

Por otra parte, se puede mencionar que el crecimiento en la era de la posguerra se debió al gran desarrollo tecnológico que se vivió en esos años.

A la par del progreso tecnológico se dieron mejores oportunidades para el comercio, a través de mejoras en el transporte para atender de forma más eficiente a los movimientos internacionales de bienes y mano de obra, a su vez se mejoraron las vías férreas, las carreteras y el transporte marítimo, dando por resultado el incremento del comercio internacional.

Fue así como en la década de 1950 se había completado ya la primera etapa de la recuperación económica internacional de la posguerra. Las economías europeas se habían reconstruido, principalmente, por la ayuda de Estados Unidos.

Con la recuperación, Europa vivió una época de una demanda cada vez mayor de productos primarios, aumentada por las necesidades de la Guerra de Corea, que contribuyó a provocar un nuevo impulso de crecimiento en las regiones subdesarrolladas del mundo.

En resumen, se puede afirmar que el periodo de la posguerra, fue un lapso en el que las relaciones económicas internacionales se hicieron más complejas y más extensas que en cualquier otro periodo y la cooperación internacional produjo grandes flujos de recursos, bienes, ideas y tecnología.

Para asegurar la estabilidad económica y la paz política, los diferentes países convinieron en cooperar para regular el sistema económico internacional. Este interés por cooperar se incrementó a raíz del estallido de la Guerra Fría, hacia fines de la década de 1940. Fue así como las economías desarrolladas de mercado coincidieron en que era necesario crear un sistema liberal para el manejo económico internacional, en donde era indispensable el establecimiento de un sistema monetario internacional efectivo y la reducción de las barreras al

comercio y el flujo de capitales, con el fin de que los países tuvieran un entorno favorable para asegurar la estabilidad y el crecimiento nacionales. Finalmente, el manejo de este sistema, se dejaba en manos de la potencia dominante, es decir, los Estados Unidos.

El periodo posterior a 1950 se caracterizó por un comercio mundial impresionante, gracias al acelerado crecimiento en el núcleo capitalista y a la reducción de las barreras comerciales. Muchos países aprovecharon estas nuevas salidas para el intercambio comercial manteniéndose competitivos y buscando incursionar en nuevos mercados. La apertura de sus economías mejoró su eficiencia y facilitó el crecimiento.

Es así que en la década de los sesenta aparecieron como potencias económicas, Japón y la Alemania Federal y los países socialistas se abrieron al comercio de las naciones con Occidente, dando un paso importante hacia la integración económica de Europa.

Ya en la década de los sesenta se rompieron los últimos vínculos coloniales con las metrópolis europeas y para la década de los años setenta la tendencia de liberación antiimperialista (entendida en términos del colonialismo europeo iniciado en 1492 con el imperio español en América y concluido en 1975 con la extinción del portugués en África) se consolida. Se dieron acontecimientos desafiantes a la hegemonía, como el alza de precios de petróleo por los países de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y los movimientos tercermundistas hacia un cambio de enfoque de antagonismos de la confrontación Este – Oeste hacia la Norte – Sur. Las grandes potencias se aventuraron en empresas del equilibrio del terror, tales como los conflictos de Vietnam y Afganistán.

Durante la década de los ochenta, la bipolaridad se concentró en Europa, ya que había perdido sentido en la mayor parte del tercer Mundo. En un clima

conciliatorio intereuropeo, a mediados de la década anterior, Mihail Gorbachov, reconoció el establecimiento del sistema socialista y se pusieron en práctica la Perestroika y la Glasnot diseñadas como propuestas programáticas para democratizar al estado soviético y hacerlo económicamente eficiente.

Ya en la última década del siglo XX, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, surge el fenómeno de la regionalización de los mercados, mediante el cual los países establecieron lazos para incrementar sus mercados. La base de esta estructura fue la ubicación geográfica, así como los sistemas económicos y jurídicos que hacen posible la celebración de acuerdos.

Después de hacer esta semblanza acerca de la evolución del comercio internacional, cabe mencionar, tres de los aspectos centrales que distinguen al nuevo orden mundial globalizado: el nuevo perfil de Estados Unidos como principal poder político – militar, la formación de bloques económicos y el predominio del liberalismo económico y el librecambismo comercial y financiero.

Así tenemos que, el liberalismo económico y el libre comercio se establecieron como parámetros de evaluación en la gestión económica frente a las grandes potencias y los organismos económicos internacionales.

En este sentido se puede mencionar que en la época actual, “las transacciones mundiales tienden a concentrarse en tres grandes mercados regionales: Japón, Estados Unidos y la Unión Europea. Esta distribución se altera en los años ochenta con la irrupción de los países de industrialización reciente, que capturan el 25% del comercio mundial de manufacturas (Hong Kong, Taiwán, Brasil y México).”¹¹

¹¹ Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo. *El régimen jurídico del comercio exterior de México*, 2ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2002, p. 12.

Dichos procesos de regionalización y globalización económica se regulan según los grados de supranacionalidad que otorguen sus órganos comunitarios y la profundidad de los compromisos de integración económica, comercial y política de sus miembros.

De acuerdo con Mario Ojeda, “la integración de países, motivados a formar bloques de comercio, obedece a la desaparición gradual de los estados autárquicos en lo económico y cerrados en lo político. El aislamiento ya resulta insostenible; su práctica puede condenar al atraso y al estancamiento o al completo rezago y fracaso económico social, implicando la descomposición misma de las sociedades.”¹²

De lo que se trata es de no volver al proteccionismo estrecho, sino de liberalizar el comercio mundial mediante la disminución general de los obstáculos que se le oponen, o de vincular un número limitado de países dentro de bloques regionales con fines similares – un mayor volumen comercial, una mejor distribución de los recursos mundiales y niveles de vida más elevados. De esta forma, si la integración económica significa en el sentido más amplio, la unificación de distintas economías en una sola más grande, ambas políticas, conducirían a la integración económica.

Para poder comprender lo que significa una integración económica, hay que analizar qué se entiende por esto. Desde el punto de vista económico, “la integración es un proceso, a través del cual, dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias estimadas poco adecuadas se unen para formar un solo mercado de una dimensión más idónea.”¹³

¹² Ojeda Gómez, Mario. “El Cambiante Contexto Internacional a finales del Segundo Milenio” en Serra Pucho, Jaime (coord). *Hacia un Tratado de Libre Comercio en América del Norte*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.

¹³ Tamames, Ramón. *Estructura Económica Internacional*, Ed. Alianza, Madrid, 1993, p. 174.

Para alcanzar este propósito, es necesario realizar una serie de actuaciones de acoplamiento de las estructuras nacionales. Ello exige, normalmente, un periodo transitorio más o menos largo, el cual es el periodo de integración, a lo largo del cual, se hace prácticamente indispensable la transferencia de una parte de las soberanías nacionales a unas instituciones comunes que adquieren un carácter supranacional. En otras palabras, para lograr una verdadera integración económica es necesaria una base de política supranacional. Y a su vez, el progreso en la integración impone una coordinación política más estrecha, que a lo largo no puede menos que llevar a una unión política.

Desde el punto de vista jurídico, Marcos Kaplan, considera a la integración económica internacional como “el conjunto de grados y formas de cooperación e interdependencia económica entre Naciones, que implican el abandono en determinados dominios de la soberanía estatal en materia económica, social y hasta política, a favor de una nueva entidad soberana común”.¹⁴

Se han sugerido varios mecanismos para efectuar la integración económica regional. Algunos teóricos del comercio internacional, como es el caso de Jacob Viner, consideran que los grados ascendentes de integración suelen ser: la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica. A continuación, se hace una breve exposición de cada una de las formas de integración para entender mejor el tema.

a) La zona de libre comercio

Es una asociación de países que de forma inmediata o paulatina reducen las barreras arancelarias entre los países miembros, pero manteniendo cada uno frente a terceros su propio arancel de aduanas y su peculiar régimen de comercio.

¹⁴ Kaplan, Marcos *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, Tomo V, México, 1985, p. 153.

Si bien, la formación de zonas de libre comercio, teóricamente, sólo es posible entre países que se encuentren en un grado de desarrollo más o menos alto y homogéneo, en la actualidad observamos que existen zonas de libre comercio formadas por países con diferentes niveles de desarrollo, como es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.¹⁵

b) La unión aduanera

Las uniones aduaneras son la máxima expresión de integración de dos o más economías nacionales, previamente separadas. Una unión aduanera supone, en primer lugar, la supresión inmediata o gradual de las barreras arancelarias y no arancelarias a la circulación de mercancías entre los Estados que constituyen la unión. Pero la unión aduanera significa además, la construcción de un arancel aduanero común frente a terceros países.¹⁶

Viner consideraba que mediante la abolición de tarifas dentro de la unión, y el mantenimiento de las mismas hacia terceros países, una unión aduanera auspicia la supresión de discriminaciones entre los artículos.¹⁷

c) El mercado común

En el mercado común se adopta un arancel uniforme para quienes están fuera de ella al tiempo que elimina las restricciones al comercio entre los países

¹⁵ Como ejemplo podemos mencionar a la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

¹⁶ Como ejemplo se encuentran: la BENELUX, la Unión Aduanera y Económica del África Central, la Unión Aduanera de los Estados del África Occidental.

¹⁷ Buzo de la Peña, Ricardo Marcos. *La integración de México al mercado de América del Norte*. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1997, p. 68.

miembros. Además, existe una abolición de las restricciones al movimiento interno del capital y de la mano de obra.¹⁸

d) La unión económica

Es un mercado común que se completa con la adopción de políticas económicas uniformes en relación con la moneda, el crédito, los gastos e impuestos gubernamentales y otras cuestiones.

Viner suponía que, dentro de un mundo imperfecto lleno de restricciones económica, si la “creación del comercio” que resultara de la eliminación de barreras internas pesara más que la desviación del comercio que surgiera como consecuencia de la discriminación en contra de las exportaciones de los países miembros, entonces el comercio regional sería un sustituto imperfecto pero aceptable del libre comercio global. La repercusión dual de las formas de comercio preferencial, advertidas por Viner, es el fenómeno de creación y desviación del comercio.¹⁹

Desde el punto de vista de los teóricos del comercio internacional, las asociaciones de libre comercio presentan dos series de efectos, unos estáticos, que son los descritos por Viner y otros dinámicos, que son: mayor competencia, estímulo a cambio técnico, estímulo a la inversión y economías a escala.

Así tenemos que el fenómeno de la integración comercial no es privativo de una región, pues lo vemos en Europa Occidental con la Unión Europea; entre los países de Asia (Cuenca del Pacífico); en América del Norte con el TLCAN, en Latinoamérica con el Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Grupo Andino, el Mercado Común del Caribe y el Mercado Común del Sur.

¹⁸ Como ejemplo están el Mercado Común Centroamericano y la Comunidad Económica Europea.

¹⁹ Buzo de la Peña, *op. cit.*, p. 69.

En conclusión, se puede afirmar que la economía global es un sistema integrador de economías de los estados – nación que participan del comercio y las finanzas internacionales. Se estructura como una red de interrelaciones industriales, tecnológicas, comerciales y financieras, que obedecen a una dinámica propia. Entre las principales características que la distinguen destacan: la innovación tecnológica, la internacionalización de la producción y la distribución y la creación de nuevas ventajas comparativas.

La tecnología ha sido el motor de la globalización y su influencia ha sido decisiva en los procesos productivos y distributivos, así como en la esfera de las transacciones financieras. Asimismo, el desarrollo tecnológico ha influido en la generación de una nueva división internacional del trabajo, a través de la cual se han internacionalizado los procesos industriales y de comercialización. La revolución tecnológica ha trastocado las relaciones intersectoriales al disminuir la importancia relativa de los sectores primario e industrial frente al de servicios.

1.4. México ante el Comercio Internacional

Es necesario hacer un breve análisis sobre el desarrollo que ha tenido México dentro del comercio internacional. Se puede iniciar mencionando que México ha tenido una importante intervención en el comercio en los últimos años, aumentando el tráfico comercial del país.

México, a partir de la década de los ochenta, experimenta un cambio de su política económica. Entre las propuestas de cambio se encuentran: está la apertura de fronteras, la liberación de la moneda, el control inflacionario, entre otros postulados.

Los cambios se iniciaron, a partir de 1983, año en que se sustituyó la protección comercial basada en permisos previos de importación por aranceles. En 1986,

como un medio para reorientar la economía mexicana hacia la economía mundial, México firmó el protocolo de adhesión para entrar al GATT, actualmente la OMC.

Sacudida por la fuga de capitales en los años ochenta y entre 1994 y 1995, la política mexicana de integración, renace y busca consolidarse en su estrategia exportadora. Alrededor de 20 tratados fueron firmados, entre los de libre comercio, de complementación económica y multilaterales, los cuales constituyen una gran red de preferencias comerciales destinadas a consolidar el modelo de crecimiento “hacia afuera”.

La intervención de México dentro de los mercados internacionales se ha incrementado desde la administración del entonces presidente Carlos Salinas de Gortari. Con este presidente se adoptaron medidas contrarias a lo que se había privilegiado antaño: se dio un acercamiento formal con Estados Unidos y en menor medida con Canadá y se consolidó con la firma del Tratado Trilateral con América del Norte, el cual pretendía integrar un bloque económico principalmente comercial.

Es así que con la adhesión de México a diversos acuerdos de libre comercio y de inversión, en los últimos años, se ha incrementado la aceptación de amplios textos normativos uniformes con los países que han suscrito ese tipo de tratados. Asimismo, esta tendencia ha conducido a los países que suscriben estos instrumentos a negociar textos para la solución de controversias comerciales, sobre la base del derecho uniforme.²⁰

²⁰ Pereznieto, Leonel. *Derecho internacional privado. Parte general*. Oxford University Press, México, 2000, pp. 255 y 256.

1.5. Regulación jurídica del Comercio Internacional

Derivado de las relaciones comerciales internacionales y los grandes avances tecnológicos alcanzados hasta nuestros días, se ha ido acelerando el proceso de transformación de la sociedad, surgiendo así la necesidad de desarrollar el derecho internacional privado. La Sociedad de Naciones trató de desarrollar de manera sistemática el derecho internacional. Posteriormente, la ONU creó un comité a cuyo cargo estuvo la preparación de los Estatutos de la Comisión de Derecho Internacional, que tuvo como propósito la creación de ese nuevo derecho; sin embargo, dicha Comisión sólo se encargó del derecho internacional público y en pocas ocasiones analizó aspectos del derecho internacional privado.

1.5.1. Naturaleza del derecho mercantil internacional

El surgimiento del derecho mercantil internacional tuvo lugar con el propósito de regir las nuevas y continuas relaciones de los mercaderes en la Edad Media, en el seno de sus gremios y corporaciones, y en los grandes centros comerciales de la época, a los que concurrían para el intercambio de sus productos (ferias y mercados, en Italia Francia, España, Inglaterra, Alemania y Rusia). Como se trataba de las mismas operaciones de trueque, de compra y venta, de otorgamiento de créditos, de transporte marítimo y terrestre, se crearon instituciones jurídicas idénticas, por lo cual, ese primitivo derecho del comercio - *lex mercatoria*- más que interno fue externo, internacional, y más que un ordenamiento propio de cada uno de los países europeos donde surgía y con manifestaciones que fueran distintas entre los países, fue un derecho uniforme.²¹

Pero, aunque su origen y su vocación fueron internacionales, tal peculiaridad se perdió, con el fenómeno de la codificación, a principios del siglo XIX, a partir del

²¹ Cfr. Witker, Jorge. *Diccionario...op. cit.*, p. 183

Código de Napoleón de 1808; que fue adoptado por los demás países continentales europeos, y después por nuestros países latinoamericanos. Siguió poco después, en Alemania, la promulgación del “Allgemeine Handelsgesetzbuch”, de 1861, y en Inglaterra con la incorporación del *Law merchant* en el Common Law, por Lord Mansfield.²²

Los primeros textos en el siglo XIX de estas nuevas manifestaciones externas del derecho mercantil, preparados deliberadamente como normas uniformes para regir, no a un solo país o a un grupo de ellos (los europeos, por ejemplo, en cuanto al transporte ferroviario), sino a todos los del mundo y se dictaron en materia de derecho industrial: la Convención de París para la protección de la propiedad industrial de 1883 (que se ha venido actualizando y ampliando hasta la fecha) y el llamado Arreglo de Madrid sobre registro de marcas, de 1891, y su depósito en la oficina internacional que al efecto se creó en Berna.

En América, en 1889 se iniciaron las Conferencias Interamericanas y en la misma fecha se redactaron los primeros proyectos de leyes de aplicación internacional, es decir, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo (1889) y posteriormente, en La Habana en 1928, se firmó el Código-Bustamante sobre títulos de crédito.

Ya en el presente siglo se formularon diversos ordenamientos y regulaciones internacionales y de las cuales se pueden mencionar: en materia cambiaria, las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, sobre letra de cambio y pagaré, la primera, y sobre el cheque la segunda, que, sin haber sido ratificadas por México, sirvieron de modelo de nuestra legislación interna. Antecedentes de esas Convenciones, son la Ley Cambiaria Alemana de 1848, la *Bill of Exchange Act* inglesa, de 1882 y el Proyecto de La Haya de 1912.

²² *Ibid.*, pp. 182, 183.

Asimismo, diversas Convenciones se prepararon en materia de transporte marítimo, las principales fueron las dos Convenciones Internacionales de Bruselas de 1924, una para la unificación de normas relativas a la limitación de la responsabilidad de los navieros, y la otra para la unificación de reglas en materia de conocimientos de embarque y la Convención de Varsovia de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional. Todas ellas influyeron sobre la reciente Convención de Hamburgo sobre el transporte marítimo internacional de 1978.

Cabe mencionar que multitud de acuerdos sobre diversos productos agrícolas y mineros, como son: el café, el algodón, el azúcar, el petróleo, el cobre, el estaño, etc., han sido propuestos y negociados durante los últimos cincuenta años por asociaciones internacionales de productores y de consumidores, otro tanto sucede en el seno de asociaciones comerciales, como la Cámara de Comercio Internacional, respecto de las maderas, cereales y ciertas clases de maquinaria.

Así, hay que destacar que organismos y asociaciones internacionales no gubernamentales, como el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y la Asociación Internacional para la Ciencia Jurídica (AICJ); u organismos regionales, como la Organización de Estados Americanos (OEA) han trabajado en las últimas cinco décadas para formular proyectos de convenciones internacionales, algunas de las cuales, han sido aprobadas y se han elaborado proyectos regionales que, posteriormente, se han convertido en leyes aplicables en los Estados signatarios.

1.5.2. Sujetos del comercio internacional

Dentro del tema del comercio internacional es de suma importancia mencionar a los principales sujetos que forman parte de éste, es decir, las corporaciones transnacionales, las cuales controlan gran parte del flujo comercial y en menor medida el Estado participa como ente económico. Dentro de los principales

objetivos de las empresas se encuentran: internacionalizar la producción bajo un control centralizado, el determinismo y el vanguardismo tecnológico, el aprovechamiento de las redes de comunicación, el control del mercado y la concentración del poder económico. Se coloca literalmente al mundo bajo el dominio de un grupo reducido de corporaciones globales, que se benefician de la fusión entre capital industrial y el bancario.²³

A continuación se explicará, de manera breve, la importancia de cada uno de los sujetos del comercio internacional.

a) Estado

La participación del Estado ha evolucionado a lo largo del tiempo, pasando desde el Estado intervencionista hasta el Estado liberal o neoliberal.

En el comercio internacional, el Estado raras veces aparece como comerciante, pues no es su papel fundamental, no obstante la existencia de empresas públicas en diversos países y la intervención de éstas en las negociaciones comerciales internacionales coloca al Estado como un comerciante más, despojándolo de su potestad de autoridad.²⁴

El papel fundamental del Estado en materia de comercio internacional consiste en la determinación de la política económica, industrial y comercial. Asimismo, debe buscar mantener y ampliar la actividad de las empresas en el mercado internacional. Dentro de las actividades del Estado en el comercio, se incluye la suscripción y aprobación de instrumentos internacionales (tratados o acuerdos)

²³ Cfr. López Ayllón, Sergio. *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.

²⁴ En el caso mexicano, se encuentra previsto en la Constitución la participación del Estado en la economía, no solo como ente regulador sino como comerciante, ya que existen áreas estratégicas que no pueden ser manejadas por particulares, como es el caso del petróleo, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear, electricidad.

que faciliten y fomenten las negociaciones comerciales con otras empresas de otros Estados, ya sean públicas o privadas.

b) Empresas

“La empresa puede compensarse como la unidad de producción o cambio (de bienes y/o servicios) basada en el capital y que persigue la obtención de beneficios económicos (utilidades) mediante la explotación de la riqueza, publicidad, crédito, propiedad, etc.”²⁵

El derecho reconoce diversas clases de empresas: según que su titular sea un sujeto de derecho privado, o bien, de derecho público, se habla entonces de empresas privadas y públicas; según que el titular sea una sociedad, u otra persona, se habla de empresas societarias o corporativas en aquel caso y no corporativas en el otro; y finalmente según la naturaleza de la actividad económica que se efectúe a través de la negociación puede tratarse de empresas agrícolas, comerciales e industriales.

Las públicas, o sea aquellas en que el titular es el Estado, un organismo o una empresa descentralizada o paraestatal, o una sociedad controlada por él, si bien se rigen por las disposiciones de la legislación mercantil, dada la índole de sus actividades, tienden a salir del derecho mercantil e integrarse dentro del derecho económico que aún está en ciernes.

Los elementos de la empresa son subjetivos unos y objetivos los otros. Los primeros son, desde luego, el empresario y el personal de la negociación; los objetivos son todos los bienes y derechos que forman el patrimonio de la empresa.

²⁵ Witker-Jaramillo. *Regulación...*, op. cit., p. 22.

El empresario es un comerciante, en cuanto que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria. De él se producen, en consecuencia, las notas propias de éste: capacidad, nacionalidad, domicilio, personalidad; y en función de cada una de ellas, y del carácter del sujeto, se le aplican las disposiciones legales pertinentes.

En cuanto al personal, lo integran, los funcionarios (directores, gerentes, administradores), los empleados y los trabajadores. Y en cuanto al patrimonio de la empresa, está constituida por un conjunto de bienes y derechos, que provienen de diferentes fuentes: traslativos de dominio, del usufructo del uso, de cesión o endoso de derechos; negocios, generalmente de derecho privado (civil y mercantil), pero también de derecho público; todos ellos constituyen una unidad, que puede considerarse como universalidad de hecho, la cual, a su vez, puede ser objeto de negocios jurídicos traslativos de dominio o de uso; de administración o de garantía.

En relación con la hacienda, hay ciertos bienes propios de ésta, o sea, de la actividad del empresario, como son las patentes, las marcas, el nombre y los avisos comerciales; y determinadas relaciones del titular con la negociación; con los clientes, que le proveen de materias primas y materiales, o bien, que reciben de ella los servicios o los productos elaborados, y también relaciones del empresario cuando es arrendatario de locales, con el dueño arrendador, que configuran la llamada propiedad comercial.²⁶

1.5.3. Objeto del derecho mercantil internacional

Ahora bien, es necesario entrar al estudio del derecho mercantil internacional, ya que es el encargado de regular las transacciones comerciales que se celebran entre diferentes países y entre partes residentes en dos o más de ellos, y esto se

²⁶ Véase Barrera Graf, Jorge. *Derecho mercantil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1991.

hace a través de disposiciones, leyes, convenciones y sentencias o laudos dictados por tribunales nacionales e internacionales.

El comercio mundial de nuestros días, el constante cambio de productos y de servicios en todas las latitudes, la influencia y el predominio de las empresas transnacionales, el comercio de materias primas, de maquinarias, de valores y de dinero, son factores que han influido en la internacionalización del derecho mercantil.

Los bienes o mercancías son los objetos de las transacciones comerciales dentro de los distintos mercados internacionales. Estos objetos se dividen en materias primas o productos básicos y manufacturas, así como servicios. El régimen de comercio de cada una de estas mercancías es diferente y no puede asimilarse en forma mecánica ni arbitraria.

Existe una diferencia práctica en cuanto a los esquemas de regulación de las mercancías antes mencionadas, ya que los productos básicos no se desarrollan bajo la ley de la oferta y la demanda, debido a razones de carácter natural, económico y político. La forma de regularlos es a través de convenios reguladores de oferta y precios, conocidos como Acuerdos Internacionales de Productos Básicos (AIPB)²⁷ y a nivel multilateral tenemos el Programa Integrado de Productos Básicos (PIPB)²⁸, diseñado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD).

El objetivo de los convenios arriba citados es establecer mecanismos que permitan defender precios remuneradores para este tipo de productos dentro del mercado internacional, en donde encontramos una gran variedad y desigualdad de países, principalmente en el aspecto económico. Por otro lado, existe el

²⁷ Dentro de algunos acuerdos, encontramos los siguientes convenios: del yute (1982); del azúcar (1983); del café (1983); del trigo (1986); del cacao (1986), entre otros.

²⁸ En mayo de 1976 surgió el PIPB. Su objetivo principal es establecer convenios internacionales que agrupen a los países consumidores y productores de materias primas.

Convenio Constitutivo del Fondo Común para los Productos Básicos que es un documento multilateral importante en la regulación mundial de estos productos.²⁹

En cuanto los productos manufacturados, éstos se encuentran regulados a través de la oferta y la demanda, influyendo en ellos determinados organismos, instituciones, tratados y convenciones internacionales como son el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), actualmente conocido como la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así, tenemos que estos productos se encuentran regulados por barreras arancelarias y no arancelarias y a la vez están protegidos de prácticas desleales.

Paralelo al de mercancías, se encuentra el comercio de servicios que, si bien son intangibles, generan ingresos y fuentes de trabajo en cualquier economía. Los servicios pueden ser clasificados en dos bloques: los que se destinan a los productores y los que se destinan a los consumidores.

1.5.4. Métodos de unificación del derecho internacional en materia de comercio internacional

La unificación del derecho internacional resulta cada vez más necesaria para facilitar las relaciones comerciales entre los países. Dicha unificación puede definirse como “el proceso en virtud del cual unas normas contradictorias a dos o más sistemas jurídicos nacionales y aplicables a un mismo negocio jurídico internacional son sustituidas por una norma única.”³⁰

Algunos de estos esfuerzos los encontramos desde el Tratado de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1889 y las Conferencias de la Haya,

²⁹ La UNCTAD ha preparado un sistema de información de mercado sobre productos básicos, llamado INFOCOMM. La página electrónica de este sistema es <http://r0.unctad.org/infocomm/espagnol/indexes.html>

³⁰ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General del Decimonoveno periodo de sesiones, anexo No.2, Documento A/5728. “Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, 1970, vol. I, capítulo I, p.14.

intensificándose después de la Primera Guerra Mundial. Este movimiento de unificación surgió como consecuencia de la multiplicidad y disparidad de las leyes nacionales.

En el siglo XX se formularon diversas regulaciones internacionales del derecho mercantil internacional emanadas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y de otros organismos internacionales, tales como: la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), la Unión Europea (UE), el Consejo para la Ayuda Económica Mutua (COMECON), la Asociación Internacional para la Ciencia Jurídica (AICJ), entre otros.

Los métodos de unificación pueden quedar comprendidos en cuatro clasificaciones y que son: las leyes uniformes o modelos; las convenciones internacionales; la unificación de las prácticas de comercio internacional y la modificación a la legislación interna. La experiencia ha mostrado que cada uno de estos métodos es primordial para la unificación del derecho mercantil internacional y que todos ellos se complementan recíprocamente. A continuación se hará una explicación de cada uno de los métodos.

a) Leyes uniformes

En cuanto a las leyes uniformes, existen tres etapas para su formación:

1. Selección de la materia.
2. Formulación de un estudio sobre el problema seleccionado, lo que presupone un análisis de todas las leyes que regulan la materia objeto del estudio, así como la valorización de los fines que cumple cada una en el ámbito internacional. El análisis se realiza de forma vertical y horizontal, analizándose, en primer término, las leyes de todos los países para después realizar la comparación de

las soluciones encontradas en los diferentes sistemas y ordenamientos, y concluir finalmente, en las posibilidades reales de unificación.

3. Elaboración de los proyectos de ley uniforme, que generalmente se encargan a una comisión o a un grupo de juristas expertos en la materia.³¹

Ahora bien, los factores que determinan la elegibilidad de materias para un tratamiento de derecho uniforme se sustentan en que las innovaciones tecnológicas y comerciales requieren soluciones nuevas, y debido a que las transacciones tienden a ser siempre más de carácter transnacional, las soluciones deben ser armonizadas y susceptibles de amplia aceptación. Por lo general, la elegibilidad de una materia para la armonización estará en gran medida condicionada a la percepción de la disposición de los Estados a aceptar el cambio de sus reglas de derecho nacional en favor de una nueva solución internacional en esa materia.

Sin embargo, la escasa prioridad que se suele conceder por los Gobiernos a la implementación de tales Convenciones ha conducido al aumento de las formas alternativas de unificación en áreas en las que un instrumento obligatorio no parece tan esencial. Tales alternativas incluyen leyes modelo que los Estados pueden tener en consideración a la hora de redactar la legislación nacional en las correspondientes materias, o principios generales dirigidos directamente a los jueces, árbitros y contratantes quienes quedan en libertad de decidir si los usan o no.

b) Convenciones internacionales

Las convenciones internacionales se realizan, por lo general, en un ámbito regional, teniendo en cuenta el nivel económico de cada país, influyendo el sistema jurídico y político. La característica de estas convenciones es que se unen todos los países interesados, con el propósito de discutir la redacción del

³¹ Witker-Jaramillo, *Regulación...op. cit.*, p. 29.

proyecto; en la mayoría de los casos, la selección de materias es hecha por órganos interesados.

c) Unificaciones de prácticas de comercio internacional

Este punto se refiere principalmente a las cláusulas contractuales tipo y a las condiciones generales para celebrar los distintos actos jurídicos que tienen por objeto reducir las complicaciones que supone la aplicación de diversas leyes nacionales. Por lo general, se refieren al comercio de ciertos productos básicos y son preparadas por las asociaciones, agrupaciones o instituciones de comercio en diversos países. El ejemplo más representativo de este tipo unificación es la labor que ha realizado la Cámara Internacional de Comercio (CCI), sobretodo en la creación de los *International Commercial Terms* (INCOTERMS)³².

Carlos Rodríguez González Valadez comenta que: “los *Incoterms* tienen como objeto establecer un conjunto de reglas para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional y son definiciones de términos comerciales utilizadas por los contratantes en determinada negociación”³³. Los *Incoterms* tienen como beneficio que con la simple inserción de unas cuantas letras (una clave), se aplica toda una reglamentación jurídica que pretende eliminar cualquier posibilidad de malas interpretaciones y las consiguientes disputas.

d) La modificación a la legislación interna

Se presenta cuando un Estado adopta la legislación de otro o copia algún instrumento de carácter internacional, haciéndolo parte de su marco normativo.

³² Los INCOTERMS son normas internacionales de estipulaciones de uso frecuente, basadas en las prácticas más comunes del comercio internacional. Algunas de los Incoterms más utilizados son los EXW (Ex works), FOB (Free on Board), CIF (Coast Insurance and Freight), DDU (Delivered Duty Unpaid).

³³ Carlos Rodríguez González Valadez. *México ante el arbitraje comercial internacional*. Ed. Porrúa, México, 1999, p. 29.

Este método es indirecto, ya que no se necesita la intervención de otro país, sino que el Estado hace ejercicio de su soberanía y realiza la modificación.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la legislación mexicana actual en material de arbitraje comercial que fue introducida mediante una reforma al Código de Comercio, de fecha 22 de julio de 1993, por la que se incorporó el Libro V, Título IV³⁴, mismo que se inspiró substancialmente en el Modelo de Ley de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ("UNCITRAL") de 1985.

Como corolario a este capítulo cabe resaltar que, a lo largo de éste se ha resaltado que uno de los sectores estratégicos de la globalización lo ha constituido el intercambio de bienes y servicios entre mercados y regiones. En los últimos años, el comercio internacional se ha transformado en una actividad central en las políticas de los países y un factor dinámico en los procesos de regionalización y mundialización presentes a nivel planetario.

Asimismo, hay que recordar que México inició el proceso de apertura económica hace más de 15 años. En 1986, con la entrada al GATT, México dio el primer paso para integrarse de manera activa a la economía mundial. Desde entonces, nuestro país ha incrementado su presencia en los mercados internacionales a través de la expansión sin precedentes de sus exportaciones y de los flujos crecientes de inversión nacional y extranjera.

Es por eso que existe una necesidad latente de que más personas conozcan aspectos específicos del comercio internacional y en especial de los aspectos jurídicos de éste. En México, es poca la experiencia que se tiene en el derecho comercial internacional, por lo que sería deseable que en el futuro, cada vez más profesionistas se interesen en una materia tan poco explorada.

³⁴ El título se llama Arbitraje Comercial.

CAPÍTULO 2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL

La creciente competencia e integración económica en el mundo requiere de sistemas jurídicos modernos, competentes, ágiles y compatibles que faciliten el intercambio de naturaleza económica, y en el cual la sociedad ha sentado la premisa de un mundo mejor y más justo en beneficio de sus habitantes.

Con el aumento del comercio internacional, sus operadores se ven en la necesidad de tratar con nuevos interlocutores, países, culturas y prácticas mercantiles. Las nuevas oportunidades traen aparejadas nuevos riesgos y hoy día se acepta que la solución de controversias constituye una parte importante dentro del comercio internacional. Como es de pensarse, los contratos mercantiles dan lugar a controversias, pero cuando éstas son de carácter internacional hay dificultades añadidas, ya que tienen que ver con tradiciones jurídicas distintas, procedimientos diversos y a veces diversos idiomas.

Generalmente, los tribunales judiciales son el foro común para resolver las controversias. Sin embargo, en las últimas décadas las disputas que han surgido dentro del marco de las relaciones económicas internacionales, las partes en conflicto han preferido que aquéllas se arreglen fuera de las cortes. Debido a esta circunstancia, en muchos casos, el juicio es sustituido por “los métodos alternativos de solución de controversias”.

El presente capítulo tiene como objetivo exponer, de la manera más sencilla posible, las diferentes alternativas que existen a los procedimientos estatales y que pueden ser utilizados para solucionar controversias mercantiles en un contexto internacional.

Cabe mencionar que se están formando centros de arbitraje y mediación en muchas partes del mundo. Las empresas aprecian cada vez más la utilidad de estos centros para solucionar las controversias de modo eficiente y se dan

cuenta de la importancia de incorporar en sus contratos cláusulas que los comprometan a utilizar estos métodos de solución de diferencias.

2.1. Solución de controversias

Un breve repaso de la historia nos puede llevar a la idea de que las comunidades que han logrado perdurar son aquellas que han consolidado un sistema eficiente de solución de conflictos. Ello fue condición *sine qua non* para que, al surgimiento de los conflictos humanos, el grupo no se disgregara. De modo que, más allá de la solución del conflicto en sí mismo, se buscaba la consolidación de la comunidad, el mantenimiento del grupo social, como una medida de seguridad de sus miembros, ante la permanente amenaza de otras comunidades. Se trató así, de encontrar un sistema que superara a la justicia del más fuerte y a la brutalidad de la venganza, como formas de resolver las controversias.¹

Fue así como en los tiempos más remotos de la historia, a través de los instrumentos que han logrado ser descifrados, vemos formas más evolucionadas de hacer justicia, las cuales más tarde, fueron trasladadas a los libros sagrados de las religiones más antiguas como son la Biblia, el Corán, la Toráh, etc. Así se ven esbozos de lo que actualmente es el Arbitraje y la Mediación, formas en las que, con la participación de terceros se lograba resolver los conflictos.²

Ahora bien, las controversias entre las partes pueden solucionarse entre las partes en conflicto o bien por un tercero. Cuando se soluciona por las mismas puede tratarse de *autocomposición*³, en el caso de la intervención de un

¹ Cfr. Filártiga Lacroix, Carlos A. "Sistema de solución de controversias en el ámbito del Mercosur" en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, diciembre 2001, Perú.

² *Ibid*, p.3.

³ La autocomposición es un acuerdo entre las partes interesadas para resolver de manera privada un conflicto, sin recurrir a un órgano judicial para que intervenga.

tercero, se trata de la *heterocomposición*⁴, siendo el caso del proceso jurisdiccional del Estado o bien del procedimiento arbitral. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado moderno y del constitucionalismo, el Estado prácticamente vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia, relegando a un segundo plano el proceso arbitral.

Por otra parte, tanto las legislaciones internas, como los tratados internacionales y la jurisprudencia reconocen la existencia de otros métodos que rebasan a la esfera del Estado⁵, los cuales se enmarcan en los procedimientos no jurisdiccionales⁶ e implican recurrir a métodos de solución alternativa de controversias.

2.2. Procedimientos jurisdiccionales

Los procedimientos jurisdiccionales hacen referencia sencillamente a los procedimientos judiciales en juzgados y tribunales. Tanto los juzgados como los tribunales tienen la capacidad para dictar una decisión que no sólo sea vinculante para las partes de una controversia, sino que también posea fuerza ejecutiva contra la parte perdedora.

2.2.1. Recurso ante los juzgados y tribunales de los Estados

En los procedimientos judiciales se recurre a los juzgados y tribunales de los Estados para que conozcan de un asunto determinado y dicten una sentencia relativa al fondo de la demanda. Sin embargo, también pueden prestar un servicio muy valioso concediendo a una de las partes medidas provisionales,

⁴ La heterocomposición se refiere cuando para resolver un conflicto es necesario la intervención de un tercero.

⁵ Perezcano Díaz, Hugo. "La solución de controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte" en López Ayllón, Sergio. *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1997, p.277.

⁶ Un proceso jurisdiccional es aquel que se lleva dentro de los tribunales estatales, mientras que los procesos no jurisdiccionales los llevan a cabo particulares.

nombrando peritos técnicos y, en determinadas jurisdicciones nacionales, poniendo en marcha procedimientos de conciliación, en algunos casos como paso previo al comienzo de los procedimientos principales.

El procedimiento judicial es el método que se utiliza más comúnmente en las controversias nacionales que, por lo general, implican a partes de la misma nacionalidad. La controversia se presenta ante los juzgados o tribunales del país del que las partes sean nacionales. En caso de que las partes no residan en el mismo lugar, será necesario determinar, desde el principio, el juzgado o tribunal territorialmente competente.

En los asuntos internacionales, rige el mismo principio, salvo que la competencia del tribunal deba ser objeto de determinación. La cuestión se puede solucionar mediante la inserción, en el contrato, de una cláusula que especifique el fuero competente entre las partes, ya que los juzgados y tribunales competentes serán los del país demandante o demandado.

A veces sucede que las partes no establecen estipulaciones relativas a la solución de estas posibles controversias. En este caso, será necesario determinar qué juzgado ostenta competencia, aplicando normas de Derecho Internacional Privado sobre la competencia judicial o examinando los posibles tratados bilaterales o multilaterales aplicables. Así, puede darse el caso que un tribunal estatal decline la competencia y, basándose en sus normas de Derecho Internacional Privado, remita el caso a los tribunales estatales de otro país.

En general, las partes no contemplarán que sus controversias las solucionen los juzgados o tribunales estatales de un tercer país. Merece la pena recordar que, al recurrir a los juzgados y tribunales de los Estados, las partes no tienen que correr con las costas del tiempo y los honorarios del juez, mientras que, en un arbitraje, los honorarios y costas del árbitro los pagarán las partes.

2.3. Procedimientos no jurisdiccionales

Los procedimientos no jurisdiccionales implican tener que recurrir a los llamados *métodos alternativos de solución de controversias*, como son la negociación, los buenos oficios, la conciliación, la mediación, la amigable composición, el arbitraje, entre otros. A diferencia de las decisiones de los juzgados y tribunales de los Estados, la transacción, en su caso, que surge de estos procedimientos carece de fuerza ejecutiva respecto de las partes.⁷

2.3.1. Medios Alternativos de Solución de Controversias

Frente a los métodos tradicionales de solución de controversias han surgido otros medios que tratan de convertirse en opciones ante el litigio estatal. A estos medios se les conoce como *Medios Alternativos de Solución de Controversias*⁸ (MASC).

Los medios alternativos de solución de controversias son procedimientos mediante los cuales las partes acuden a un tercero imparcial que puede ser una persona o un órgano colegiado para que los auxilie a dirimir una disputa derivada de una relación jurídica, donde no se cuenta con la participación de las autoridades judiciales.

Entre las diversas causas que han llevado a un auge cada vez más generalizado de los distintos medios privados de solución de controversias se encuentran los siguientes:

- a) La complejidad cada vez mayor de las relaciones jurídicas, derivada de circunstancias tales como la intervención de partes de distinta nacionalidad, aspectos tecnológicos sumamente complejos o novedosos,

⁷ Cabe hacer la aclaración que en el arbitraje, el laudo dictado por el tribunal es obligatorio para las partes, pero si una de ellas no quisiera cumplirlo, la otra parte debe recurrir a un juez para que ejecute dicho laudo y así hacer cumplir a la otra parte.

⁸ En inglés se les conoce como *Alternative Dispute Resolution (ADR)*.

- la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia u oportunidad, o de salvaguardar la confidencialidad de cierta información.
- b) La saturación de órganos jurisdiccionales por el cúmulo de asuntos pendientes, y que por razones de falta de especialización resultan poco idóneos para resolver cierto tipo de controversias.
 - c) La necesidad de contar con instrumentos y procedimientos flexibles, capaces de resolver controversias con mayor celeridad y menor costo, a través de soluciones funcionales y satisfactorias que hagan factible su ejecución.⁹

Resulta por lo tanto fundamental que en la planeación de inversiones o negocios tanto nacionales como internacionales se prevea la forma en que se resolverán las controversias que pudieran surgir, permitiendo de tal forma conservar la buena relación entre las partes, evitando la inviabilidad de los proyectos y asegurando una rápida solución a las controversias.

Fernando Estivillo Castro define a los medios alternativos de solución de controversias como: "...una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución".¹⁰

La utilización de estos medios ha ido creciendo, debido a los constantes problemas de la administración de justicia surgidos de la gran carga de trabajo. El éxito de estos medios alternativos se debe principalmente a que permite llegar

⁹ Sobre este tema se recomienda la lectura del trabajo de Estivillo Castro, Fernando. "Medios alternativos de solución de controversias" en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 26, 1996, México.

¹⁰ Citado en Cruz Miramontes, Rodolfo. "El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México" en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, p.10

a soluciones más efectivas al reflejar en mayor medida los intereses de las partes.¹¹

2.3.2. Características

Se pueden identificar las siguientes características, cualquiera que sea el tipo de mecanismo público, privado o aquellos en que participan particulares y un Estado: consentimiento, participación de un tercero imparcial, obligatoriedad, falta de coercitividad y exclusión del foro nacional.

Consentimiento

Las partes deben manifestar su consentimiento para poder someter una reclamación a un método alternativo de solución de controversias. En los procedimientos privados, lo hacen a través de una cláusula arbitral en el convenio que da origen a la relación jurídica o mediante un acuerdo de arbitraje o conciliación posterior; en los procedimientos públicos, la voluntad de las partes se expresa mediante tratados internacionales; por último, en los procedimientos en que intervienen los particulares frente a un Estado, el consentimiento de éste puede manifestarse de diversas maneras, por ejemplo, en respuesta a una solicitud de un particular, o bien a través de un tratado internacional, respecto de todas las controversias que surjan en una determinada materia.

Participación de un tercero imparcial

Todos los mecanismos alternativos involucran a un tercero que ayuda a lograr una solución de la disputa. La conciliación, la mediación y el arbitraje difieren en el grado de injerencia del tercero en el procedimiento.

¹¹ Así por ejemplo, en México, a partir de 1997 nuestro país reconoció dentro de su normatividad fiscal, la posibilidad de que los particulares puedan acudir a un procedimiento de resolución de controversias, contemplado a su vez en los tratados para evitar la doble tributación, celebrados por nuestro país.

Obligatoriedad

En el arbitraje, la resolución dictada por el tercero (tribunal arbitral) vincula las partes. En la conciliación, las partes se obligan mediante un acuerdo. La obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes y del principio *pacta sunt servanda*¹². Es decir, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos, obran libremente, fijando los términos del contrato. Una vez celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo.

Falta de coercitividad

A pesar de que la resolución de cualquiera de los métodos es obligatoria, el tercero imparcial carece de la facultad de ordenar su ejecución forzada. En los procedimientos entre Estados, el cumplimiento de la determinación se reduce a una decisión soberana del país en cuya contra se dictó el laudo. Por tal motivo, el incumplimiento de la resolución, puede dar lugar a mecanismos compensatorios o de presión política.¹³ En los demás casos, deben seguirse los procedimientos internos de reconocimiento y ejecución de sentencias, ante los tribunales nacionales competentes, para que éstos ordenen la ejecución mediante el empleo de la fuerza pública.

Exclusión del foro nacional

Los mecanismos alternativos constituyen una vía excluyente de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Las controversias entre Estados, en su calidad de sujetos de derecho público, no pueden someterse a la jurisdicción de los

¹² El principio *pacta sunt servanda* se refiere a que las partes están obligadas a cumplir sus acuerdos.

¹³ Además de los mecanismos compensatorios o de presión política que puede utilizar un Estado, también existe la posibilidad de utilizar el embargo económico.

tribunales nacionales de uno de ellos. Hacerlo sería invadir la soberanía del otro Estado, además de la dificultad implícita de la eficacia de la resolución.

Por otra parte, México a través de los diferentes tratados internacionales sobre la materia, ha reconocido que la exclusión del foro se encuentra reflejada en la legislación mercantil. Dichos ordenamientos obligan a los tribunales a reconocer el carácter vinculante de los laudos arbitrales o de los acuerdos conciliatorios, y por lo tanto, ordenar su ejecución.¹⁴ De igual forma, el TLCAN contiene disposiciones específicas en materia de exclusión de foros para el arbitraje inversionista – Estado, establecido en el capítulo XI; el procedimiento de revisiones de decisiones finales en materia de cuotas compensatorias, previsto en el capítulo XIX; y respecto de los procedimientos entre particulares.

2.4. Diversos medios alternativos de solución de controversias

Los medios alternativos de solución de controversias (MASC) se basan en la solución de éstas de acuerdo con procedimientos destinados a evitar gastos excesivos y tardanzas. Las características, como ya se mencionó líneas arriba son: el consentimiento de las partes; la participación de un tercero imparcial; privacidad; informalidad, rapidez y una resolución menos onerosa del conflicto; la naturaleza no obligatoria del resultado y la solución amistosa.

Podría pensarse que los MASC son absurdos, ya que las decisiones son simples opiniones que no llevan consigo obligatoriedad para las partes; sin embargo, el éxito de su utilización se debe en gran parte a una cuestión práctica, ya que en muchas ocasiones las partes seguirán sus relaciones comerciales entre ellas.

¹⁴ Cfr. Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (Convención de Nueva York), o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975 (Convención de Panamá), así como el Código de Comercio (Insertado en el Libro Quinto, Título Cuarto).

Todos los MASC requieren de un importante grado de flexibilidad y cooperación de las partes en disputa, tanto en la definición de ésta como en la búsqueda de la solución a los puntos controvertidos.

Dentro de los principales medios alternativos de solución de controversias se encuentran: la negociación, las consultas, la investigación, los buenos oficios, la conciliación, la mediación, los minijucios, la amigable composición, la transacción extraprocésal, la renta de un juez, la asistencia a la Corte y el arbitraje. En los siguientes apartados, se tratará de hacer una breve explicación de cada uno de ellos.

2.4.1. Las consultas

Las consultas son un medio alternativo de solución de controversias propio del derecho internacional público. Éstas se pueden llevar a cabo cuando se prevé el surgimiento de una controversia o al momento de surgir la misma. Se pueden establecer mecanismos de consulta periódicos entre las partes para evitar posibles controversias.¹⁵

2.4.2. La investigación

La investigación se utiliza para aclarar un hecho, dándole esa tarea a un tercero neutral, que puede ser una persona física o bien una comisión o una institución, con el fin de lograr una valoración objetiva del hecho controvertido. Se puede recurrir a la investigación cuando las negociaciones directas no han tenido éxito, para así lograr que las partes lleguen a un acuerdo respecto de la naturaleza del hecho en cuestión.

¹⁵ Sobre solución pacífica de conflictos entre sujetos de derecho internacional público véase Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 5ª ed. Ed. Aguilar, Madrid, 1982.

El resultado de la investigación no es obligatorio ni es susceptible de ser ejecutado por las partes, sin embargo se utiliza para poner fin a los desacuerdos que se deriven de un hecho determinado y sobre su autenticidad.¹⁶

2.4.3. Buenos oficios

La expresión buenos oficios proviene de las locuciones latinas *bonus*, bueno, y *officium*, servicio, función y significa, en derecho internacional, “la acción de un tercer Estado que, espontáneamente o a solicitud, procura, por medios diplomáticos aproximar, acercar, a los dos Estados entre los cuales existe una diferencia o si se ha desencadenado un conflicto, exhortándolos a que inicien o reinicien negociaciones o a recurrir a cualquier otro método pacífico para resolver su controversia”.¹⁷

El doctor Seara Vázquez señala que los buenos oficios no pueden ser considerados como un acto inamistoso; cualquier Estado puede ofrecer sus buenos oficios; cualquiera de los Estados en conflicto puede solicitar los buenos oficios de cualquier Estado; los terceros Estados solicitados pueden aceptar o negar su intervención en el conflicto a través de los buenos oficios.¹⁸

Los buenos oficios fueron incluidos en la I Convención de La Haya de 1898 y en La Carta de las Naciones Unidas de 1945, en su capítulo VI. En el ámbito americano los buenos oficios tienen su fundamento legal en el Tratado de Arbitraje Obligatorio de 1902, en el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, de 23 de diciembre de 1936, y en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá de 20 de abril de 1948.

¹⁶ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, p. 385.

¹⁷ García Moreno, Víctor Carlos. “Buenos oficios” en *Nuevo Diccionario jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Porrúa, México, 1998, t. A-C.

¹⁸ Seara Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 246-247.

Se trata de un medio que bien puede ser aceptado o rechazado por las partes en conflicto, la gestión del tercer Estado termina con el acercamiento de las partes y la reanudación de las negociaciones directas.

2.4.4. Conciliación

La conciliación es un “intento para llegar a un entendimiento mutuo entre las partes y un acuerdo razonable. Puede ser convocada por el juez quien colabora como un tercero dirigiendo la discusión e identificando los problemas...”.¹⁹

Para Fernando Flores García la conciliación es un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya iniciado.²⁰

Las propuestas resultado de la conciliación no son obligatorias para las partes, sin embargo mientras dura el procedimiento, las partes involucradas en el conflicto se comprometen a no iniciar ninguna acción que entorpezcan la solución del problema. Este medio consiste en que a través de la intervención de un tercer Estado conciliador se proponen alternativas de solución para las partes con el fin no sólo de esclarecer los hechos, sino también de ofrecer a las partes en conflicto una solución satisfactoria.

El procedimiento de conciliación inicia con el nombramiento a través de las partes involucradas de una comisión de conciliación. La comisión, salvo que las partes acuerden otra cosa, fija su propio procedimiento. De esta forma, escuchará a las partes, estudiando sus pretensiones y como resultado les formulará propuestas para que puedan llegar a una solución amistosa. La gestión de conciliación termina cuando se ha llegado a una solución o bien,

¹⁹ Citado en Cruz Miramontes-Cruz Barney, *op. cit.*, p. 17

²⁰ Flores García, Fernando “Arbitraje, conciliación, amigable composición” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLV, números 201-202, mayo – agosto 1995.

hayan rechazado toda propuesta, ya que éstas no son obligatorias para las partes.

Durante los procedimientos de conciliación, el conciliador suele exponer, con el acuerdo previo de las partes, las que considera que son las mejores posibilidades de entendimiento para transformar una situación de controversia a una situación de conciliación. El conciliador sustancia el proceso, guiado por los principios de objetividad, equidad y justicia. Como sucede con el arbitraje, existen dos tipos de procedimientos de conciliación: la conciliación *ad hoc* y la conciliación institucional.

La conciliación *ad hoc* es un proceso en el que la organización y administración de la misma las definen las propias partes, sin la asistencia de una institución. El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI adoptado en 1980, como complemento del Reglamento de arbitraje de la misma institución de 1976, constituye un buen ejemplo de reglamento de conciliación *ad hoc*.

La conciliación institucional se distingue por el hecho de que la organiza una institución que también se ocupa de la administración de los procedimientos de arbitraje.

Sin embargo, el mecanismo de los procedimientos de conciliación es completamente independiente y distinto del mecanismo de arbitraje. Dos ejemplos de conciliación institucional son: el Reglamento y Guía de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de la Cámara de Comercio Internacional²¹ y el Reglamento de Conciliación del Centro del Sistema de Arbitraje Euroárabe²².

²¹ Este reglamento está en vigor desde el 1º de julio de 2001.

²² En vigor desde el 17 de diciembre de 1997.

A semejanza del arbitraje, los procedimientos de conciliación no se pueden poner en marcha sin el acuerdo de ambas partes. Dicho acuerdo se puede hacer expreso mediante una cláusula en el contrato o, posteriormente, mediante un acuerdo de conciliación que podrá convenirse tácitamente o por escrito.

Algunas de las reglas que rigen la sustanciación de los procedimientos de conciliación están inspiradas en las que rigen los procedimientos de arbitraje. De acuerdo con el Centro de Comercio Internacional, éstas son: disponer de un intercambio de información y audiencias orales, así como algunas normas procesales; el conciliador podrá oír a las partes juntas o por separado; la flexibilidad en cuanto a las pruebas, entre otras.²³

En caso de que la conciliación no tenga éxito, las partes podrán llevar su caso ante los juzgados y tribunales de los Estados o ante los tribunales arbitrales. En este último caso, las personas que participan son completamente independientes de las que toman parte en la conciliación. Los organismos que los administran suelen ser distintos.

Un punto muy importante que hay que destacar es que las propuestas o recomendaciones formuladas por el conciliador no son vinculantes para las partes; éstas siguen siendo libres de aplicarlas o rechazarlas. Sin embargo, podrán convertir dichas propuestas en un contrato firmado o en un laudo arbitral vinculante con el acuerdo de las mismas.

En la práctica comercial, la conciliación y mediación suelen ser referidas como sinónimos. De hecho, ambos mecanismos presentan una gran similitud, la línea divisoria entre uno y otro puede llegar a ser muy tenue.

²³ Centro de Comercio Internacional (CCI) UNCTAD/OMC – CAM, *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*, México, 2003, p. 45.

2.4.5. Mediación

Cada vez con mayor frecuencia se recurre a la mediación como medio para la solución de controversias comerciales. Ello se debe a su probada eficacia y a la oportunidad que brinda a las partes involucradas en una controversia, de resolverla en forma amistosa.

La mediación, de acuerdo con la definición del Proyecto de ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre conciliación comercial internacional²⁴ es el proceso en que las partes solicitan a un tercero, o a un grupo de personas, que les presten asistencia en su esfuerzo por llegar a un arreglo amigable de una controversia que se derive de una relación contractual o de otro tipo de relación jurídica o que se vincule con dichas relaciones.

La mediación puede definirse desde dos puntos de vista: como medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público y como medio privado de solución de conflictos. De acuerdo con el doctor Ricardo Méndez Silva, la mediación es uno de los medios tradicionales que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.

La mediación también puede definirse “como una variación de la conciliación por la que un tercero- el mediador –realiza un intento de solucionar la controversia examinando las reclamaciones de las partes y ayudándolas en las negociaciones para solucionar su controversia.”²⁵

La mediación en derecho internacional público puede ser solicitada por los Estados afectados o bien ofrecida por el tercero y es recomendada por el

²⁴ El Proyecto de Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la conciliación comercial internacional fue aprobado por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) de la UNCITRAL en su 35º periodo de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 30 de noviembre de 2001.

²⁵ Centro de Comercio Internacional, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la intervención del Consejo de Seguridad recomendando el recurso de la mediación.

A diferencia de los buenos oficios, que es también un medio por el cual un tercer Estado participa en la solución de una controversia, el caso de la mediación implica la posibilidad de que el Estado mediador recomiende una fórmula de arreglo, pues su actuación va más allá de la mera labor de acercamiento de las partes en conflicto. Por otro lado, la mediación se distingue tanto del arbitraje como de un litigio ante la Corte Internacional de Justicia, porque en este último caso, los fallos (las sentencias) son obligatorias para las partes. En el caso de la mediación una propuesta de arreglo queda en las partes acatarlas o no.

En derecho privado, el maestro Raúl Medina Mora la define como un proceso por el cual las partes que se encuentran en conflicto designan a un tercero neutral para que las ayude a llegar a un arreglo o a una transacción satisfactoria para ellas. El objetivo de la mediación es lograr una transacción voluntariamente negociada por las partes.²⁶

Enrique Urquidi la define como “un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción”.²⁷

Dentro de la mediación hay dos elementos que se deben resaltar, los cuales son: la intervención de un tercero como apoyo para solucionar una controversia y la ausencia de poder de ese tercero para solucionar el conflicto, al no poder imponer a las partes sus valoraciones. Por lo tanto, son las partes en conflicto las que conservan la facultad de resolver su controversia.

²⁶ Urquidi, J. Enrique. *Mediación. Solución a conflictos sin litigio*, Centro de Resolución de Conflictos, México, 1999, p. 18.

²⁷ *Ibid*, p. 19.

Al igual que la conciliación, la mediación puede ser *ad hoc* o institucional. El Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), vigente desde el 1º de octubre de 1994, es un ejemplo de mediación institucional.

Es así que la mediación constituye uno de los medios alternativos de solución de controversias con mayor difusión a nivel internacional y por sus características se le ha considerado como el medio idóneo para conflictos en materia ambiental y de propiedad intelectual.

En el caso mexicano, la mediación comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) ha ofrecido diversas ventajas que como se señaló, han dado lugar a que con mayor frecuencia se recurra a ella como método alterno de solución de controversias. Las ventajas que presenta la mediación de la CANACO son las siguientes:

- * Flexibilidad. No existen reglas que deban seguirse en la mediación, ya que éstas son fijadas por las partes según sus necesidades.
- * Representa un ahorro en tiempo y costos. Se evita el costo, en dinero y en tiempo, que supone todo litigio. Una solución al conflicto es obtenida a la brevedad posible y a un menor precio.
- * No adversarial. No se impone una solución a las partes, sino que las partes proponen sus propias soluciones a la controversia.
- * Suaviza el impacto de las normas jurídicas. Las partes pueden llegar a un arreglo que no se base necesariamente en fundamentos jurídicos estrictos, sino en lo que ellas conciben como un resultado justo y razonable de sus concesiones mutuas.
- * Preserva las relaciones de negocios. Al ser un procedimiento amistoso se preserva la relación de negocios entre las partes.

* Confidencial. El procedimiento de mediación es privado, por lo que es tramitado con discreción, evitando el riesgo de dar a conocer información privilegiada y generar publicidad adversa.

* Imparcial y neutral. El mediador no tiene un interés personal en el resultado de la mediación.²⁸

2.4.6. Minijuicio²⁹

El término “minijuicio” hace referencia a una forma amistosa de solucionar controversias y se trata de un procedimiento simulado. Los minijuicios son un recurso frecuente en Estados Unidos, especialmente en controversias mercantiles internacionales, por lo que de alguna manera, complementa al arbitraje.

El objeto del proceso es que las partes lleguen a una solución amistosa, después de un proceso que incluya la fase de las pruebas y los alegatos contradictorios.

El punto de partida es un acuerdo suscrito entre las partes que desean salvar sus diferencias lo antes posible con el fin de reanudar sus relaciones comerciales normales. Cada una de ellas nombra a un alto ejecutivo, con capacidad para vincular a la empresa, en caso de alcanzar un arreglo.

En la primera fase, los abogados de las partes intercambian información y pruebas, y exponen su caso ante los representantes de las partes, que pueden estar asistidas por un asesor u observador neutral. De forma inmediata a la conclusión de esta primera fase, los representantes de las partes inician negociaciones con el fin de solucionar el asunto.

²⁸ Véase Boletín Informativo del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la CANACO, Año 2, No. 3, mayo 2002.

²⁹ También conocido como *mini trial*, término acuñado por el *New York Times*, al hacer referencia al primer caso conocido resuelto con este mecanismo en 1977 entre Telecredit Inc. y TRW Inc. en los Estados Unidos.

La justificación de estos procedimientos es remitir la controversia a los altos ejecutivos de las partes no sin antes informarlos, mediante un intercambio de documentos y observaciones que forman parte de la fase judicial. De este modo, un minijudio pretende transformar una controversia jurídica en una cuestión de política mercantil.

Los procedimientos simulados de minijudio son diferentes de los procedimientos de arbitraje. En el minijudio, el abogado de las partes expone su caso ante los representantes de éstas, quienes no están investidos de facultades jurisdiccionales. Se les nombra con el único fin de buscar una solución amistosa.

La organización de la fase judicial es lo que distingue al minijudio del procedimiento de conciliación. Esta fase presenta las garantías de un procedimiento judicial. También aporta un procedimiento de intercambio de alegatos, pruebas y declaraciones, lo que implica la participación activa del abogado. De este modo, puede verse el verdadero objetivo del procedimiento simulado, es decir, que tenga lugar un litigio judicial antes de que se inicien las negociaciones entre las partes.³⁰

2.4.7. Amigable composición

La voz amigable, procede del latín *amicabilis*, que es lo amistoso, propio de amigos. Es, por tanto ésta, una forma de solucionar conflictos de intereses entre las partes por obra de terceros amigos de ambas, sin sujetar sus procedimientos a normas de derecho preestablecidas y sin apegarse, para la decisión, más que a la equidad y buena fe.

³⁰ Como referencias útiles se recomienda revisar el Reglamento de Minijudios editado por la Cámara de Comercio de Zurich y el Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI).

Se trata de una de las figuras más antiguas de heterocomposición, que surgió en el seno de los grupos tan pronto como éstos alcanzaron un grado de evolución suficiente para comprender la conveniencia de abandonar el uso de la violencia y poner en manos de amigos la solución pacífica de los conflictos.

La amigable composición y el arbitraje, figuras que guardan entre sí una estrecha afinidad, han seguido su trayectoria histórica paralelamente, pero conservando cada una sus rasgos inconfundibles. La primera, como institución independiente de toda exigencia rituarial y operante en términos de equidad; la segunda, estructurada conforme a preceptos impositivos de procedimiento y orientada a decidir conforme a derecho. De estos rasgos resulta que los amigables componedores han de ser, por definición, nombrados por las partes en todo caso, mientras que los árbitros que no hayan sido designados previamente por éstas, podrán serlo por el juez, conforme a la ley.

La amigable composición la define Ignacio Medina Lima como “una forma de solucionar los conflictos de intereses entre las partes por obra de terceros, amigos de ambas, sin sujetar sus procedimientos a normas de derecho preestablecidas y sin apearse en la decisión más que a la equidad y a la buena fe”.³¹

Como característica particular de esta figura está el conceder a individuos de conducta intachable, honestidad y honorabilidad probada la decisión de un conflicto. En ésta, el amigable componedor podrá actuar con la mayor libertad, pero siempre en el marco de la equidad y la justicia.

Se exige la clara expresión de la voluntad de las partes en el sentido de estar dispuestas a someterse a la decisión del amigable componedor. Deben hacerlo

³¹ Medina Lima, Ignacio. “Amigable composición” en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Porrúa, tomo A-C, 1998.

por escrito, donde asienten sus nombres, las cuestiones en conflicto, el nombre del amigable componedor y el término para cumplir con el encargo.

2.4.8. Transacción extraprocesal

Un medio de gran importancia para la solución de los conflictos, es la transacción extraprocesal. La transacción consiste en un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, llegan a un acuerdo que soluciona su conflicto. Las concesiones pueden consistir en el reconocimiento o renuncia de derechos reales o personales comprendidos dentro de la relación jurídica controvertida.

La transacción representa la culminación y formalización de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo de solución de controversias.

2.4.9. Renta de un juez³²

La renta de un juez consiste en que las partes solicitan a un juez retirado que se encargue de la decisión. El tercero involucrado ya no se encuentra investido de la autoridad que contaba cuando era un representante del poder judicial y por lo tanto su decisión carece de obligatoriedad, pero su experiencia hace que sea un juicio en esencia pero totalmente informal.

2.4.10. Resolución por Asistencia a la Corte³³

Este mecanismo ha operado en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y China. Consiste en que un abogado con amplia experiencia en el tema sea designado por una corte para que, en una etapa inicial, analice el asunto y

³² En el sistema del *common law*, se le conoce como *Rent a judge*.

³³ En el *common law*, se le conoce como *Court Assisted ADR*.

exprese a las partes su opinión sobre el sentido de la “posible” resolución. Si las partes deciden acatar la decisión habrán ahorrado dinero y tiempo y tendrán la idea de que resolvieron el asunto de una manera amigable.

2.4.11. Arbitraje

El último medio alternativo de solución de controversias, objeto de estudio de este capítulo es el arbitraje. Hay que recalcar que se trata de un método en donde un tercero es el que decide, lo cual lo diferencia de los medios autosolutivos, como es el caso de la mediación, conciliación y transacción.

En palabras de Jorge Alberto Silva el arbitraje ha de definirse: “como un *medio solucionador de controversias*, y ese medio implica el actuar procesal”.³⁴ El arbitraje es otro medio de solucionar controversias mercantiles. A diferencia de los juzgados y tribunales de los Estados, no existen tribunales arbitrales permanentes para las controversias mercantiles, en los que los mismos árbitros entiendan distintos asuntos.

Para el Centro de Comercio Internacional, “el arbitraje es un método privado de solucionar controversias, basado en el acuerdo de las partes. La norma general es que si no hay acuerdo respecto al arbitraje, no hay arbitraje.”³⁵

Aparte de unas cuantas excepciones, las partes deben haber acordado por contrato recurrir a este tipo de procedimiento, ya sea determinando las normas que regirán el procedimiento o remitiendo al reglamento de arbitraje administrado por una institución arbitral.

³⁴ Silva Silva, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*, Pereznieta Editores, México, 1994, p. 23.

³⁵ CCI UNCTAD/OMC, *op. cit.*, p.41.

El arbitraje es un procedimiento de arreglo pacífico de controversias, por lo que las partes en conflicto recurren a un tribunal arbitral designado por ellas, para que decida los términos del arreglo.

El enfoque del arbitraje es de carácter mercantil o comercial, el actuar de las partes se deriva de las firmas en acuerdos comerciales internacionales, o bien por contratos establecidos entre las partes; la elección de los árbitros es realizada por las partes en su totalidad y la decisión emitida por éstos debe ser acatada y respetada por las partes en cumplimiento del compromiso al que están sujetas, esto siempre y cuando no lesionen intereses vitales y propios de las partes en conflicto.

Así, se puede decir que las características propias del arbitraje, son las siguientes:

- a) Los árbitros son elegidos por las partes;
- b) Mediante el arbitraje se resuelve definitivamente la controversia; y
- c) El laudo que se dicta es obligatorio.

El acuerdo arbitral consiste en “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual”.³⁶

El acuerdo arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en el contrato, o bien la forma de un acuerdo independiente. Ahora bien, la redacción del acuerdo arbitral es una tarea delicada. Se debe no sólo estampar por escrito el compromiso, sino prevenir bajo qué reglas de

³⁶ Siqueiros, José Luis. “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria” en *Pauta*, año 99, número 29, México, 2000, p. 3.

procedimiento se regirá el procedimiento arbitral y qué leyes se aplicarán al fondo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que existen materias que no son susceptibles de ser sometidas a ningún mecanismo alternativo de solución de controversias, como es el caso del derecho penal, del derecho de familia, la materia concursal, entre otras.

Los elementos básicos del acuerdo arbitral son:

- La manifestación de someterse al arbitraje y aceptar el laudo que se dicte, renunciando a los recursos legales que pudieran interponerse;
- El número de árbitros;
- La sede del arbitraje;
- Si las partes se expresan en distinto idioma, cuál será el o los oficiales en el proceso;
- Cuáles serán las reglas aplicables tanto al procedimiento como al fondo del asunto, o bien si el arbitraje será *ex aequo et bono*, es decir, resolver de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo el asunto.
- Cuáles serán los puntos o temas a considerar sobre los que deberá pronunciarse el tribunal;
- Si no se acogen a un sistema preestablecido, deberá facultarse a los árbitros para que dispongan sobre las normas del procedimiento;
- El tipo de arbitraje que las partes hayan convenido: institucional o *ad hoc*;
y
- Cumplir con las consideraciones particulares que en el caso concreto se exijan.³⁷

³⁷ Cruz Miramontes-Cruz Barney, *op. cit.*, p. 39.

Con base en el acuerdo de las partes, el modo de sustanciar el procedimiento de arbitraje puede o no diferir del procedimiento ante un juzgado o tribunal estatal. Sin embargo, compete a las mismas partes constituir el tribunal arbitral. Además, las normas procesales suelen ser más flexibles y menos formales que las de las jurisdicciones estatales.

Para finalizar, hay que resaltar las ventajas más significativas que representa el arbitraje son las siguientes:

- a) Como regla general, los laudos arbitrales internacionales son más fácilmente ejecutables que las sentencias dictadas por un tribunal extranjero, debido a la generalizada ratificación de convenciones internacionales para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros;
- b) Permite a las partes en conflicto litigar en una ubicación neutral, evitando así las desventajas que pudieran desprenderse de conducir un litigio en el territorio de una de las partes;
- c) Permite a las partes seleccionar quién o quienes deberán resolver la controversia, asegurando así las mejores aptitudes y mayor grado de especialización posible respecto a la materia en conflicto;
- d) Permite seleccionar el idioma en que el arbitraje se deberá conducir;
- e) Permite un acceso a procedimientos flexibles, ya sea que las partes establezcan las reglas aplicables o seleccionen las reglas de organismos nacionales o internacionales y
- f) Se puede garantizar la confidencialidad de la controversia.

A lo largo de este capítulo, se pudo observar que las controversias entre las partes pueden solucionarse por las partes en conflicto o bien por un tercero. Se puede intentar solucionar la controversia ante los juzgados y tribunales del lugar del negocio de la otra parte, en el idioma de la otra parte y conforme a las normas procesales del país de su oponente, pero conseguir neutralidad y flexibilidad son complicados en estas circunstancias, es por ello que los

mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje, son una buena opción.

Entre las diversas causas que han llevado a un auge cada vez más generalizado de los distintos medios privados de solución de controversias se encuentran los siguientes:

- a) La complejidad cada vez mayor de las relaciones jurídicas, derivada de circunstancias tales como la intervención de partes de distinta nacionalidad, aspectos tecnológicos sumamente complejos o novedosos, la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia u oportunidad, o de salvaguardar la confidencialidad de cierta información.
- b) La saturación de órganos jurisdiccionales por el cúmulo de asuntos pendientes, y que por razones de falta de especialización resultan poco idóneos para resolver cierto tipo de controversias.
- c) La necesidad de contar con instrumentos y procedimientos flexibles, capaces de resolver controversias con mayor celeridad y menor costo, a través de soluciones funcionales y satisfactorias que hagan factible su ejecución.

Sin embargo, existen también otras consideraciones, a saber, las limitaciones de tiempo, la necesidad de conocimientos especializados, la confidencialidad y, sobre todo en el caso del arbitraje, la fuerza ejecutiva internacional, las cuales son asimismo buenas razones para recurrir a estos métodos de solución de controversias.

Resulta por lo tanto fundamental que en la planeación de inversiones o negocios tanto nacionales como internacionales se prevea la forma en que se resolverán las controversias que pudieran surgir, permitiendo de tal forma el conservar la buena relación entre las partes, evitado la inviabilidad de los proyectos y

asegurando una rápida solución a las controversias, siendo los métodos alternativos una opción viable para ello.

CAPÍTULO 3. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Aún sobre la base de una contratación de buena fe, las diferencias entre particulares suelen presentarse, por ello, es indispensable que cuenten con una alternativa eficaz para solucionar sus controversias sin dar por terminada su relación de negocios.

El arbitraje internacional tiene una gran importancia en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales. Sin embargo, no es hasta hace algunos años que el arbitraje internacional empieza realmente a desarrollarse en América Latina. En este contexto, es relevante el papel que ha jugado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En efecto, un importante número de países latinoamericanos son Estados contratantes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965, el Convenio del CIADI.¹

Si bien la actividad más importante del centro se concentra en los procedimientos de arbitraje, en este capítulo se abordarán los puntos esenciales del arbitraje, tales como: la manera de iniciar el mismo, la constitución y poderes del tribunal, y algunos aspectos relacionados con el laudo y los recursos posteriores al mismo.

El objetivo de este capítulo es estudiar la conceptualización, naturaleza y origen del arbitraje comercial. Asimismo, se hablará de sus características como uno de los métodos alternativos de solución de controversias que existen, haciendo énfasis en sus ventajas. Por otra parte, se analizará las distintas etapas que forman al arbitraje para poder entender la importancia del mismo.

¹ Los dos Estados más importantes de América Latina que no son contratantes del convenio son Brasil y México. Sin embargo, aún cuando México no es Estado contratante del CIADI, se han iniciado a la fecha seis arbitrajes en su contra bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

3.1. El Arbitraje

Con el arbitraje se está en presencia de un método de solución de los conflictos caracterizado por la búsqueda de la celeridad en los resultados, por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir, entre otros. Estas características son compartidas tanto por el arbitraje interno como el arbitraje comercial internacional, pero en el plano internacional poseen una virtud adicional al constituir, por antonomasia la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables sintiéndose inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estando asistidas por abogados conocidos que hablen su mismo lenguaje.

En casi todos los países del mundo, y a esta tendencia no escapa México, se han recrudecido las circunstancias por las que atraviesan los juzgados estatales, tales como su estancamiento, retroceso e insuficiencia notorios, que no solamente dificultan sino que frecuentemente, impiden a los particulares el acceso efectivo a la justicia. Por estas razones, se ha reavivado el interés en la búsqueda de otras vías que coadyuven a la solución de las desavenencias, entre las que destaca el arbitraje.

El arbitraje constituye una alternativa para la solución de controversias, puesto que en caso de que alguna de las partes que celebren un contrato no cumpla con sus obligaciones y se presente un conflicto, se nombra a uno o más árbitros para su resolución, el cual será imparcial y nombrado con la participación de los interesados.

Este mecanismo ha tomado auge como una opción viable y como una alternativa que ofrece diversas ventajas para la solución de conflictos que se presenten en distintos sectores, como el del comercio, los servicios, el turismo, la industria y la construcción, entre otros.

Algunas de las ventajas de este mecanismo consisten: en su flexibilidad, ya que el arbitraje, puede llevarse de acuerdo con las condiciones procesales que más se adapten a las circunstancias del litigio, de conformidad con lo que convengan las partes y los árbitros, lo que lleva al ahorro de tiempo y dinero, puesto que se evitan largos periodos de espera y multiplicación de instancias que resultan muy costosos y tardados. Es confidencial, pues al ser un procedimiento privado, la naturaleza de la controversia y las mismas actuaciones son protegidas, evitando el riesgo de dar a conocer información privilegiada y de generar publicidad adversa. Asimismo, los árbitros que intervienen en el proceso tienen una amplia experiencia y son expertos en el área de que trata el conflicto.

En México, el arbitraje comercial se ha fortalecido con la adopción de la Ley Modelo sugerida por las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional².

3.1.1. Concepto

Del latín *arbitratus*, de *arbitror*, arbitraje. Es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes o en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez nacional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denominará laudo y dicha resolución es obligatoria para las partes.

El arbitraje puede definirse como “un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas los cuales derivan

² La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL fue adoptada por México, en 1993, en el Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio.

sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.”³

Humberto Briseño Sierra lo define como “un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares... Estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separen.”⁴

El procedimiento del arbitraje reviste ciertas formalidades, así, partes y árbitro seguirán los plazos y formas establecidas para los tribunales; los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos, si cualquiera de las partes los pide, o no hubieran convenido otra cosa.

La problemática de la naturaleza de la heterocomposición arbitral privada se centra en las diversas hipótesis que pueden ocurrir con el dictado del laudo y de la procedencia de la designación del árbitro que lo emite.

En efecto, si el arbitraje se pactó en una cláusula compromisoria o en un compromiso en árbitros; si el árbitro fue designado por las propias partes; si se aceptó el nombramiento en un contrato arbitral, que se cumple hasta llegar a un laudo; y si éste es espontáneo y voluntariamente acatado por las partes (naturalmente por la parte vencida), es un caso en que el arbitraje nace, se desarrolla y se cumple por la voluntad contractualmente manifiesta de las contrapartes.

³ Siqueiros, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, Miguel Ángel Porrúa, México 1992, p.7.

⁴ Briseño, Humberto. *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*, Textos Universitarios, Departamento de Derecho, UIA, Editorial Limusa, México, 1988, p.12.

3.1.2. Naturaleza

La primera mención que debe hacerse es que el arbitraje constituye un procedimiento de solución de controversias: *no es un mecanismo de impartición de justicia.*⁵

La diferencia fundamental entre una controversia e impartir justicia, es que ésta última corresponde a los tribunales dotados de “imperio”, es decir, que tienen la facultad de hacer cumplir sus resoluciones en forma coactiva. El árbitro no es un tribunal en el sentido constitucional de la expresión. Por lo mismo, tampoco en modo alguno cae en el supuesto de los tribunales privativos⁶.

Para entender la naturaleza jurídica del arbitraje comercial, hay que tener en cuenta las siguientes características:

- a) El arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver controversias;
- b) Resulta de la voluntad de las partes; en ocasiones, puede provenir de la misma ley;
- c) El árbitro no tiene *coertio* para hacer cumplir sus laudos;
- d) La jurisdicción es soberana e indelegable; y
- e) Las facultades del árbitro sólo derivan de la voluntad de las partes.⁷

3.1.3. Origen

En cuanto al arbitraje de derecho privado, es más difícil rastrear su origen. De lo que sí se tiene “récord” es de que los romanos aplicaban ampliamente el arbitraje a las relaciones privadas, utilizando mucho la figura de los amigables componedores.

⁵ Existen argumentos que colocan al arbitraje como un mecanismo privado de impartición de justicia. Sin embargo, el arbitraje es un método de solución de controversias.

⁶ El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales.

⁷ Uribarri, Gonzalo. *El arbitraje en México*, Editorial Oxford, México, 2000, p.38.

De acuerdo con José Luis Siqueiros⁸, las raíces del arbitraje privado se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En Roma las XII Tablas ya mencionan el arbitraje.⁹ En un principio, los árbitros sólo atendían los conflictos surgidos entre los ciudadanos romanos pero, paulatinamente se fueron incluyendo los conflictos entre extranjeros o entre éstos y ciudadanos romanos. Justiniano¹⁰ en el Digesto¹¹ se refiere a los árbitros, indicando que había libertad para acatar o no la decisión arbitral, pero en una constitución del año 529 de este emperador se ordenó que cuando hubiere juramento de acatar la sentencia por cualquiera de las partes y, siempre que fuere un fallo con verdad, aquéllos deberían de cumplir el laudo.

El arbitraje y las leyes de Derecho Romano se transplantaron al Sacro Imperio Germánico y pudieron subsistir en las estructuras romana y germánica de España, bajo la administración de los visigodos y los bizantinos, así como resistir el impacto islámico. Así pues, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación contenían disposiciones referentes a la designación de “avenidores”, de “árbitros” (letrados) y de “arbitradores” (no letrados). Se regulaba también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo.¹²

Después de la unión de Castilla con Aragón, la institución del arbitraje se extendió al nuevo continente, y pese a la compleja formación de la administración indiana, conocieron sus beneficios. Las leyes de Indias, junto con la legislación de la Metrópoli, formaban parte el derecho positivo de las colonias españolas en América. En los inicios de la América independiente, no existió

⁸ Véase Siqueiros, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, México, 1992, pp. 7-9

⁹ Tablas II y XII.

¹⁰ Justiniano fue emperador del Imperio Bizantino, vivió del año 482 al 505.

¹¹ El Digesto es parte de la recopilación jurídica más importante que hizo Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*. Esta obra constituye la fuente primordial para el conocimiento del derecho romano y sirvió de inspiración para la mayoría de las legislaciones posteriores.

¹² Véase Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México, 1985.

autonomía legislativa, particularmente en el ámbito del derecho privado, ya que se utilizó la legislación española.¹³ Las legislaturas latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros, así como el uso del arbitraje para resolver diferencias comerciales, lo cual fue adquiriendo mayor naturalidad en los códigos comerciales y en los ordenamientos de procedimientos civiles de todas las naciones latinoamericanas. El derecho español y portugués, en el caso de Brasil, dejaron de ser aplicables en las legislaciones internas en América, pero en los nuevos ordenamientos mantuvieron la vigencia de los viejos principios. En México, en 1890, con Porfirio Díaz, entró en vigor el Código de Comercio, que regulaba todas las materias de carácter comercial, mismas que paulatinamente se fueron separando para formar distintos ordenamientos jurídicos, lo que no sucedió en el caso de la materia arbitral.

Un gran paso en la evolución del arbitraje privado fue la creación de instituciones arbitrales, dentro de las cuales han destacado la conocida Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA), creada en 1892; seguida de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), creada en 1923; y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), creada en 1926.

Se puede decir que el inicio del arbitraje privado comercial internacional en la era contemporánea lo marca el Protocolo de Ginebra Relativo a Cláusulas de Arbitraje (Ginebra, Suiza, 1923).¹⁴ Posteriormente se firmó la Convención de

¹³ La legislación española tuvo aplicación en la Nueva España, aún después de la independencia, hasta la promulgación de los primeros códigos civiles. En primer lugar fueron aplicadas las Leyes de Toro, hasta la publicación de la Nueva y Novísima Recopilación y supletoriamente el Ordenamiento de Alcalá. Las Siete Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo. Véase Galindo Garfias, *op. cit.*

¹⁴ Promovido por la Cámara Internacional de Comercio, tiene por objeto dar validez a los convenios para referir al arbitraje, controversias futuras, es decir, dar validez a la cláusula arbitral. Se firmó el 24 de septiembre de 1923, entró en vigor el 28 de julio de 1924 y fue abrogado por la Convención de Nueva York. Dicho Protocolo constituye el primer instrumento jurídico de carácter general, elaborado por mediación de la Sociedad de Naciones y aceptado por diferentes estados, lo que implica su importancia y vigencia a nivel internacional.

Ginebra para la Ejecución de laudo arbitral extranjero de 1927.¹⁵ Después de la Segunda Guerra Mundial, y a iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, se sometió a discusión en la ONU una nueva convención sobre la ejecución de laudos extranjeros, la cual se aprobó en Nueva York, en 1958.¹⁶

Como consecuencia de los esfuerzos realizados por la ONU en favor del arbitraje comercial internacional, se celebraron más tratados en todo el mundo. En 1961 se firmó en Ginebra la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual aborda los puntos de la Convención de Nueva York, pero añade algunos aspectos importantes, tales como el reconocimiento expreso de que un Estado o una entidad pública pueden ser parte de un arbitraje comercial. En 1965, con el objeto de resolver las controversias que surgieron entre los inversionistas privados y los estados que recibieran las inversiones, se firmó en Washington la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. En 1966 el Consejo Europeo aprobó la Convención de Estrasburgo, por la que definió un proyecto de ley uniforme en materia de arbitraje.¹⁷

En 1966, la Asamblea de las Naciones Unidas, con el objeto de armonizar y unificar el derecho que regula el comercio internacional, creó la “Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” (CNUDMI, y cuyas siglas en inglés son UNICTRAL), la cual en el mismo año, aprobó un cuerpo de

¹⁵ Tuvo efectos limitados porque se aplicaba únicamente respecto de laudos que fueran dictados en alguno de los estados contratantes, y que fueran resultado de un litigio entre partes que fueran ambas nacionales de estados contratantes. Se firmó el 26 de septiembre de 1927 y fue abrogada por la Convención de Nueva York. La importancia de este documento radica en que es el antecedente directo de la Convención de Nueva York.

¹⁶ Esta Convención deroga el Protocolo y la Convención de Ginebra antes mencionados, respecto de estados que la ratificaron y habían antes ratificado los documentos de Ginebra. La diferencia entre estos documentos, consiste en que la Convención de Nueva York establece que pueden ejecutarse los laudos pronunciados en cualquier Estado, y no exclusivamente, como lo marca en la de Ginebra, los pronunciados en estados contratantes. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que los estados contratantes se reserven el derecho de no ejecutar más que los laudos de estados contratantes.

¹⁷ La Convención de Estrasburgo sólo ha sido firmada por Austria y Bélgica, y sólo en este último país ha producido una reforma legislativa.

reglas sobre arbitraje comercial, conocido como “Reglamento Facultativo”¹⁸. Dicha Comisión también creó la “Ley Modelo”¹⁹, con la cual no debe confundirse.

Por otro lado, en América Latina y de acuerdo con Julio C. Treviño, “podría hablarse de dos etapas en el desarrollo de esta tradición. La primera arranca de finales del siglo pasado, y se caracteriza por la búsqueda de un derecho arbitral común a los países latinoamericanos. La segunda comienza con la ratificación de la Convención de Nueva York por varios países latinoamericanos.”²⁰

De acuerdo con lo antes escrito, el derecho común latinoamericano en materia de arbitraje comenzó con la firma del Tratado de Montevideo sobre la unificación de los estados sudamericanos respecto del derecho procesal, el 11 de enero de 1889 en Uruguay. En 1940, en Montevideo, se elaboró un segundo tratado para complementar el primero. En ambos se hablaba de la ejecución de sentencias y laudos arbitrales.

Un segundo grupo de países latinoamericanos firmaron en Caracas, en 1911, la Convención de Bolivia sobre la Ejecución de Laudos Extranjeros, que básicamente contenía lo mismo que la de Montevideo. Sin embargo, el gran esfuerzo en la unificación del derecho internacional privado latinoamericano, fue en el año de 1928, en la Habana, Cuba, al aprobarse el Código Bustamante.

¹⁸ La CNUDMI elaboró este Reglamento Facultativo en materia de arbitraje, el cual no trata de competir con el arbitraje institucional, ya que no considera la administración del procedimiento, limitándose a cuestiones de procedimiento. Este Reglamento ha sido utilizado con gran éxito en arbitrajes *ad hoc* y como modelo para ser adoptado en las reglas arbitrales de algunas instituciones. La aplicación del Reglamento requiere del consentimiento expreso de las partes involucradas.

¹⁹ Aprobada el 21 de junio de 1985 por la CNUDMI. La Ley Modelo solo pretende establecer los lineamientos generales para unificar los principios sustantivos y adjetivos en la materia de arbitraje comercial, a la luz de las necesidades específicas que derivan de la práctica de este mecanismo.

²⁰ Treviño Julio C. “El arbitraje Comercial Internacional: Un Recurso para América Latina” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 12, Número 12, México, 1988, p.388.

Por otra parte, el Comité Interamericano de Juristas, formuló un proyecto para una Convención Interamericana de Arbitraje Comercial, el cual fue remitido para su aprobación, a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Después de varias enmiendas, el proyecto fue aprobado en Panamá, en 1975.²¹ Dicha Convención de Panamá sigue de cerca de la de Nueva York.²² En 1979, los estados miembros de la OEA, firmaron en Montevideo, Uruguay la Convención Interamericana sobre la Validez Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, que se aplica a laudos y sentencias sobre materias civil, laboral y mercantil.

Para terminar con este breve recorrido sobre la evolución del arbitraje, debe destacarse la reciente creación del primer centro especializado de importancia en la Ciudad de México, es decir, el Centro de Arbitraje de México (CAM), cuya expectativa es extraordinaria.

3.1.4. Materias arbitrables

La materia arbitrable varía según la legislación interna de cada país. Hay diversos factores que intervienen en la determinación de esas materias. Como regla general se puede decir que lo perteneciente al derecho público no es arbitrable para efectos del arbitraje privado. En consecuencia, el arbitraje privado se puede utilizar únicamente en dos ramas: derecho comercial y derecho civil. En derecho civil existen varias limitaciones y en la materia de comercio no hay limitaciones.

²¹ La importancia de esta Convención radica en el hecho de establecer que cuando las partes no designen reglas de arbitraje, se aplicarán las reglas de la CIAC, las cuales, son las mismas que las reglas de arbitraje formuladas por la CNUDMI, lo que demuestra, una vez más, la tendencia a unificar mundialmente las reglas creadas por la CNUDMI.

²² Aunque en esencia contienen lo mismo, la de Panamá tiene la laguna de no prever nada sobre el control que los tribunales comunes pueden ejercer sobre el tribunal arbitral; específicamente, no dispone que el juez común deniegue la acción a una parte que, habiendo convenido una cláusula arbitral, no acepte ir al arbitraje, ni tampoco define si el árbitro tiene competencia para decidir definitivamente sobre su propia competencia o si, es el juez común quien tiene que decidir esto.

De una manera más específica, se puede establecer que la materia sobre la cual se puede efectuar el arbitraje, son aquellos derechos sobre los cuales las partes pueden transigir, ya que solamente afectan sus intereses.²³

En principio se puede establecer que cualquier tema que relacione a las personas físicas o morales, puede ser objeto de arbitraje. En la práctica, sin embargo, no sucede así, ya que algunos temas no son susceptibles de arbitrase. Esto se debe a dos fuentes de limitación; por una parte el Estado y por la otra la voluntad de las partes. La arbitralidad o no del litigio como la denomina Jorge Alberto Silva²⁴ tiene a la ley como primera limitante y a los tratados internacionales, como segunda.

Las partes de un contrato pueden acordar someter las eventuales diferencias que surjan por la ejecución del contrato en el clausulado del mismo o con posterioridad. Así, pueden establecer que cualquier problema será susceptible de arbitrase o bien excluir algún tipo de conflicto. Será preciso que al darse el conflicto y someter el caso al tribunal arbitral, se enfatizen los puntos sobre los que el árbitro se deberá pronunciar.

A este respecto, hay que considerar si se trata de un arbitraje público o privado. En el segundo supuesto, se acude a un juez jurisdiccional que eventualmente puede fungir como árbitro, o a un centro administrador de arbitrajes o se constituye un tribunal *ad hoc*. En el primero de los casos, existen tribunales permanentes como el Tribunal Internacional de La Haya o bien se pueden crear a propósito para conocer del caso en cuestión.

En el caso de los centros especializados, se han creado desde hace tiempo centros administradores de arbitrajes y su esencia se remonta a la Edad Media

²³ Rodríguez, *op.cit.*, p. 88.

²⁴ Silva, *op.cit.*, p.83.

cuando los comerciantes se agrupaban temporalmente durante las ferias o bien especialidades de trabajo como sucedía en las llamadas Ligas y atendían las controversias entre sus agremiados.

De ahí que sea propio de las cámaras de comercio que tengan que ocuparse del arbitraje. Las más connotadas son, entre otras, la Cámara Internacional de Comercio de París (CCI), creadora de la Corte de Arbitraje Internacional (CAI) y de la Corte de Arbitraje de la propia Cámara; la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la American Arbitration Association (AAA), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otras.

3.1.5. Tipos de arbitraje

Es necesario realizar un breve análisis de los diversos tipos de arbitraje que podemos encontrar, para poder precisar las semejanzas y diferencias que existen entre los distintos tipos de arbitraje y así entender el arbitraje comercial internacional, entre un Estado y un particular, tema del presente trabajo.

Entre los diversos tipos de arbitraje, están el arbitraje en equidad y en derecho; el arbitraje de derecho público y de derecho privado; el arbitraje nacional e internacional; el arbitraje comercial y el civil; y el arbitraje *ad hoc* e institucional.

3.1.5.1. Arbitraje en equidad y en derecho

El arbitraje en equidad es como, en un principio se empezó a conocer esta institución jurídica, y es aquel tipo de arbitraje que resuelve la controversia bajo el principio de “*ex aequo, et bono*”²⁵, es decir, resolver de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo

²⁵ Lo que es equitativo, es bueno.

el asunto. La persona que resuelve el asunto es conocida como “amigable componedor”, siendo generalmente uno. El fallo mediante el cual da a conocer su resolución al asunto, es conocido como “fallo en conciencia”.

El arbitraje en derecho, también conocido como de “*stricto iure*”, se da cuando los árbitros tienen que resolver la controversia ajustándose estrictamente a las reglas de derecho. Este tipo de arbitraje es el más utilizado en la actualidad, porque indudablemente trae mayor seguridad jurídica a las partes.

3.1.5.2. Arbitraje público y privado

El arbitraje de derecho público es el arbitraje que se lleva a cabo entre estados soberanos, sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. En estos casos, el Estado se encuentra dotado de *iuris imperiis*²⁶, que es lo que distingue a éste de los particulares.

Este tipo de arbitraje tuvo mucha utilización en épocas anteriores, principalmente para resolver problemas relativos a límites territoriales, y en la mayoría de los casos nombraban como árbitro a personalidades reconocidas y muy respetadas por todos, como podrían ser los papas, los jefes de estado o profesores eminentes.

En la actualidad, los arbitrajes de derecho público se utilizan en las controversias que surgen en la interpretación y aplicación de tratados bilaterales o multilaterales²⁷. Las controversias de los estados se resuelven principalmente por la vía diplomática y en caso de fallar éste, los estados acuden ante dos instituciones, principalmente: La Corte Permanente de Arbitraje y la Corte

²⁶ El *iuris imperiis* se refiere al poder soberano que tiene el Estado de aplicar sus leyes y resoluciones y hacerlas cumplir, incluso por medio de la coacción.

²⁷ Existen diversos mecanismos de solución de controversias en estos tratados internacionales. Se trata de buscar la solución por vías diplomáticas y en ocasiones acudiendo a mecanismos de conciliación y, en caso de no lograr una solución, se acude al arbitraje.

Internacional de Justicia. Cuando el asunto no es llevado al primero para que sea resuelto mediante arbitraje, el litigio será del conocimiento de la Corte que es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

El arbitraje de derecho privado se desarrolla entre sujetos o entidades de derecho privado, es decir, entre particulares. Hay que resaltar que el Estado puede intervenir en este tipo de relaciones siempre que lo haga en su calidad de *iure gestionis*, o sea, como otro particular. En estos casos, el Estado actúa sin su calidad de soberano, pudiendo celebrar cualquier tipo de contratos y siempre obligándose en las mismas condiciones que los particulares.

Julio Treviño opina a este respecto, que cuando una de las partes es privado y la otra es un Estado o una entidad pública, el arbitraje puede seguir considerándose como privado y que las partes pueden prever un tipo de arbitraje *ad hoc*, o puede ser que el arbitraje se conduzca ante instituciones que se especializan en este tipo de casos, como la Corte Permanente de Arbitraje, que acepta conocer cuestiones mercantiles cuando una de las partes tiene carácter público o ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.²⁸

3.1.5.3. Arbitraje nacional e internacional

El arbitraje nacional se da cuando todos los elementos que constituyen la contienda, como son el objeto del arbitraje, las partes, el derecho sustantivo que regirá, etc., son de un mismo país, es decir, la controversia se plantea dentro de un sistema jurídico único.

El arbitraje internacional se da cuando, por el contrario, alguno o algunos de los elementos de la controversia se encuentran relacionados o son regulados por dos o más países.

²⁸ Véase Treviño, Julio C., *op. cit.*

3.1.5.4. Arbitraje comercial y civil

El arbitraje comercial es aquel que se realiza cuando se está en presencia de un acto mercantil. Por el contrario, el arbitraje civil podemos decir que es aquel que no es comercial, es decir, que no tiene relación directa con el tráfico mercantil o no está regido por ordenamientos mercantiles.

3.1.5.5. Arbitraje *ad hoc* e institucional

En el arbitraje *ad hoc*, recae sobre las partes la responsabilidad de constituir, ellas solas, el tribunal arbitral que solucionará su controversia, así como estipular las normas que regirán la sustanciación de los procedimientos de arbitraje. En caso de dificultades, las partes pueden, en ocasiones, solicitar la intervención de un tribunal estatal competente para que les ayude a este respecto.

La principal ventaja del arbitraje *ad hoc* o libre consiste en su facilidad de adaptación a los deseos de las partes como a las características especiales de cada conflicto. Sin embargo, no puede olvidarse que para maximizar este beneficio, resulta imprescindible contar con la cooperación entre las partes como la de sus asesores. De modo que, acordadas las reglas como lograda la instalación del tribunal arbitral, este tipo de arbitraje puede alcanzar la fluidez adecuada, constituyéndose en una suerte de traje a la medida para quienes lo eligen. Pero si desciende el nivel de cooperación inicial entre las partes, simétricamente tienden a disminuir y a disiparse sus virtudes.

El arbitraje institucionalizado tiene como mayor beneficio el de ofrecer un reglamento, cuya incorporación resulta automática. Precisamente, esta ventaja tiende a facilitar el desenvolvimiento del arbitraje cuando una de las partes se muestra renuente para seguirlo. De modo que, para optimizar los resultados

esperados, la institución suele ofrecer además del conjunto de normas, desde una variedad de modelos de cláusulas tipo, ayuda a incorporarse en los negocios internacionales, hasta personal de apoyo entrenado para administrar el arbitraje.

En el arbitraje institucional, las partes solicitan a un centro de arbitraje, o a la institución arbitral que administre el procedimiento de acuerdo con sus normas de arbitraje.²⁹

El alcance de la administración del procedimiento de arbitraje varía de una institución a otra. Por lo general, la institución arbitral administra el proceso parcialmente, y limita su asistencia a la constitución del tribunal arbitral, teniendo en cuenta los deseos de las partes, así como sus propias normas de arbitraje.

La institución puede notificar una solicitud de arbitraje a la otra parte y pedirle que manifieste su postura sobre el caso así como sobre la constitución del tribunal arbitral. En ocasiones la institución tiene la facultad de fijar una suma de dinero que estime suficiente para cubrir las costas del arbitraje, de reclamar su pago y de determinar las costas definitivas. También se puede ocupar del proceso de notificación del laudo a las partes. Este tipo de arbitraje se le denomina arbitraje parcialmente administrado.

El arbitraje institucional también se puede administrar íntegramente³⁰. En este caso, la institución no sólo se ocupa de recibir la petición de arbitraje para notificarla a la otra parte, sino que también constituye el tribunal arbitral, fija un anticipo sobre las costas y establece el lugar del arbitraje.

²⁹ Estas normas están contenidas en los reglamentos de las diferentes instituciones arbitrales.

³⁰ El Centro de Comercio Internacional utiliza la palabra **íntegramente**, para referirse a un arbitraje completo, es decir, que se encarga de todo el procedimiento.

3.1.6. Características

El arbitraje tanto a nivel interno como internacional permite el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Esta libertad abarca entre otras posibilidades, la elección de la modalidad, de la sede, del derecho procesal y del derecho sustantivo aplicable al arbitraje internacional.

3.1.6.1. Elección y control del tribunal arbitral

En el arbitraje existe la posibilidad de que las partes elijan a las personas que integrarán el tribunal arbitral que conocerá el asunto desde el principio hasta el final. La designación puede ser directa, especificando el nombre del árbitro o de manera indirecta, mediante la autorización de alguna institución para hacer la designación.

En lo referente al control del tribunal arbitral, las partes pueden establecer ciertas reglas, aceptando generalmente las elaboradas por una institución arbitral y que van a regular la designación y la actividad del tribunal, incluyendo el número de árbitros, modo de elección, causas de recusación, etc.

3.1.6.2. Elección del lugar del arbitraje

Este aspecto que a primera vista puede parecer trivial, en realidad no lo es. La respuesta a esta interrogante de vital importancia, es sencilla si se atiende cuidadosamente.

Cabe observar que, cuando se trata de una controversia de orden interno las partes que intervienen se encuentran limitadas a la elección de foros disponibles; situación que cambia radicalmente cuando las partes participan en negocios

internacionales en la que el espectro de posibilidades aumenta considerablemente.

En este sentido, conviene tener en cuenta que las partes, tienden a privilegiar para desarrollar sus arbitrajes, aquellas sedes que cumplen por lo menos con dos requisitos. El primero, que sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos si son llamados a hacerlo y el segundo, que les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

Precisamente, como es sabido, quienes intervienen en transacciones internacionales recurren a la vía arbitral, porque desean resolver sus disputas en un clima apacible, en un ámbito de plena libertad, de asegurada confidencialidad, dentro de un margen acotado de injerencia, pero absolutamente conscientes de la necesaria supervisión de los tribunales estatales.

Está claro que la elección de la sede se encuentra estrechamente vinculada con la neutralidad que ella promete, que en la mayor parte de las ocasiones recaerá en un lugar distinto al de las operaciones comerciales de las partes.

Pero de lo que no cabe tampoco duda alguna, es que además de las razones enumeradas que favorecen la elección, la tendencia de las partes se inclina por las sedes que se encuentren situadas en un Estado que les garantice la ejecución de las decisiones arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales.

De lo que se ha dicho, se infiere que cuando de elección de sedes se trata, no se está ante un tema menor. De modo tal que, cuando los profesionales del derecho son consultados se está ante una importante decisión, sobre la que conviene detenerse a pensar seriamente para permitir reconocer el lugar que

ofrezca mayores garantías y brinde un entorno favorable para el desenvolvimiento del proceso arbitral.

Para la elección del lugar del arbitraje se toman en cuenta varios factores, como por ejemplo: la ubicación geográfica y disponibilidad de espacio y los servicios, así como el valor del negocio. Desde el punto de vista legal y existen algunos factores elementales al momento de la elección del lugar, los cuales son: elegir algún país que haya adoptado la Convención de Nueva York; que el país tenga una legislación arbitral lo suficientemente y moderna y adaptable a las reglas elegidas por las partes; y elegir algún país que tenga un ambiente adecuado para la conducción normal del arbitraje.

3.1.6.3. Elección del derecho aplicable

En este rubro es importante tocar lo referente tanto al derecho adjetivo³¹ como al subjetivo³², ya que las partes decidirán bajo qué términos se va a desarrollar y regular el procedimiento y qué leyes se aplicarán al fondo del asunto.

Cualquiera que sea el tipo de arbitraje elegido, las partes pueden seleccionar las reglas procesales con arreglo a las cuáles será conducido el desarrollo del procedimiento arbitral.

Esta posibilidad de elección de la ley aplicable al arbitraje, que no se presenta cuando se litiga ante los tribunales estatales, les permite a las partes escoger las garantías básicas, es decir, aquellas normas procesales que consideren apropiadas.

La tarea de las partes y de sus consejeros es distinta si se tratara de un arbitraje libre o *ad hoc* o de un arbitraje institucionalizado. En la primera hipótesis, las

³¹ El derecho adjetivo se refiere al derecho que va a regular el procedimiento.

³² El derecho sustantivo se refiere al derecho que resolverá el fondo del asunto.

partes serían las que deberían diseñarlas o las que delegarían en los propios árbitros esa facultad, diseñando un arbitraje a medida de sus necesidades y de sus circunstancias. Sin embargo, merece destacarse que ante la necesidad de pactar en detalle las reglas, la elección de este tipo de arbitraje, demandaría a las partes como a sus asesores, un esfuerzo mayor. La tarea puede verse simplificada si las relaciones entre las partes continuarán siendo amistosas, pero puede entorpecerse cuando dejen de serlo.

Tal vez, un buen consejo sea indicar a las partes que si piensan en un arbitraje *ad hoc*, para evitar molestas complicaciones y para evitar futuras e innecesarias dilaciones, pacten las reglas procesales tempranamente.

Algunas de estas dificultades pueden llegar a verse disminuidas cuando las partes se deciden por el arbitraje institucionalizado, ya que su principal beneficio consiste en contar desde el primer momento con un cuerpo de normas de procedimiento, con un reglamento especialmente elaborado para ser empleado durante el arbitraje, que está diseñado para superar los inconvenientes planteados por partes poco dispuestas como recalcitrantes.

Precisamente, el arbitraje comercial internacional les permite a las partes, no solamente escoger la ley procesal sino el derecho sustantivo a aplicar por los árbitros. Se trata de uno de los rasgos más sobresalientes en el ámbito de los negocios internacionales que enfrenta a las partes de preseleccionar la ley llamada a regular sus pretensiones.

Esta facultad abierta por el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, les autoriza a las partes conocer el régimen jurídico al que están sujetas sus transacciones internacionales.

Esta delicada cuestión, reviste singular relevancia en el área del derecho internacional privado, en cuanto aspira al logro de la certeza jurídica.

El arbitraje comercial internacional al permitir la elección del derecho sustantivo, implica decidir que los árbitros dirimirán las probables disputas con arreglo a la ley seleccionada por las partes. Sin embargo, en algunas ocasiones, los hombres de negocios cuando pactan el arbitraje suelen dejar en manos de los propios árbitros tal decisión.

Es así que los profesionales del derecho al aconsejar a sus clientes, harían bien en informarles que si no pactan el derecho sustantivo aplicable a sus transacciones internacionales, los árbitros pueden inclinarse por dirimir las desavenencias con arreglo a la *lex mercatoria*. Si bien esta modalidad parece identificarse con la dinámica de los negocios internacionales y ser preferida por los operadores, no lo es menos que deben ser advertidos que con grandes posibilidades de éxito, la parte que ha perdido el litigio cuestionará ante los tribunales estatales el laudo dictado.

La totalidad del desarrollo anterior, demuestra que la naturaleza consensual del arbitraje lo convierte en uno de los mejores métodos para solucionar las desavenencias, ya que depende de la propia decisión de sus destinatarios. Precisamente en la íntima vinculación entre el arbitraje con el consentimiento de las partes y con la autonomía de la voluntad de las partes, es donde radica la fuerza y la aceptación de quienes operan en el área de los negocios internacionales.

Por cierto que si bien el arbitraje como expresión de la libertad acepta el diseño especial, la confección del traje a medida de sus necesidades por las partes, ellas deben saber que si optan por esta forma de resolver las controversias, esta decisión les traerá por lo menos dos consecuencias que merecen ser destacadas: la primera, que quienes así lo han convenido, pueden ser obligadas a ir al arbitraje si se muestran renuentes y la segunda, que los laudos dictados por los árbitros, deberán ser cumplidos y son ejecutables. En este último sentido,

conviene recordar, que la mayor parte de las legislaciones de los Estados suelen contener marcos normativos elaborados para garantizar tanto el cumplimiento del acuerdo celebrado entre las partes, como el carácter obligatorio de los laudos arbitrales.

3.1.6.4. Confidencialidad

La confidencialidad no quiere decir de manera alguna, cuando de arbitraje se habla, que estamos ante una justicia privada, reservada a los elegidos.

La confidencialidad implica que las partes en ciertas ocasiones, si lo desean, pueden inclinarse como cuando las controversias se presentan en el área de la tecnología, de la propiedad intelectual, por resultarles no solamente interesante sino hasta justificado, intentar mediante la recurrencia al arbitraje, proteger los secretos, las fórmulas, los inventos, los diseños industriales, en suma ciertos conocimientos tecnológicos que pueden percibir como más vulnerables en otros ámbitos.

Si las partes lo desean, en ésta como en otras áreas delicadas, el arbitraje comercial internacional, por sus especiales características se encuentra en óptimas condiciones de ofrecerles un ambiente de confidencialidad deseable, de plena seguridad, desempeñando el importante rol que tiene reservado en el elenco de los métodos más aptos para resolver las disputas.

3.1.6.5. Flexibilidad e informalidad

Los procedimientos judiciales están revestidos de cierta rigidez, ya que no permiten pacto en contrario, respetando los principios de igualdad y seguridad jurídicas. Por su parte, el procedimiento arbitral no es tan rígido; en él predomina

la libertad de las partes y su única limitación es la igualdad de derechos y defensa.

Se trata de una de las modalidades de resolución de las disputas mejor adaptada y mejor dotada de flexibilidad para desenvolverse satisfactoriamente en el área de los negocios internacionales.

El arbitraje les permite a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, elegir desde el tipo de arbitraje que prefieran, sea libre o institucionalizado, como a quienes en su calidad de árbitros serán los encargados de decidir las diferencias; así como también el procedimiento en que será conducido el arbitraje, el lenguaje en que se desarrollarán las instancias, la sede del arbitraje, hasta el derecho sustantivo que se aplicará para resolver la disputa. Por cierto, que las preferencias guardan estrecha vinculación con el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que impera en la materia.

3.1.6.6. Rapidez

Como consecuencia de la informalidad y flexibilidad del procedimiento, las partes, con la intervención del tribunal arbitral tienen la libertad de fijar plazos y etapas procedimentales, haciendo de éste un procedimiento rápido sin tantos obstáculos.

3.1.6.7. Economía

La funcionabilidad del arbitraje depende en gran medida del monto del asunto, pues existirán algunas controversias que no cumplan con todos los requisitos para ser un buen asunto arbitrable; sin embargo, si su cuantía es poca, no valdría la pena someterlos a arbitraje. Así, la mayoría de las instituciones arbitrales establecen una cantidad mínima en sus tablas de honorarios y tasas

administrativas, ya que es una manera de recomendar a las partes a analizar la idea de someter sus asuntos a estas instituciones.³³ Esto no quiere decir que no acepten dichos asuntos y así, en caso de que las partes decidan no acudir a estas instituciones, se recomienda la posibilidad de un arbitraje *ad hoc* en donde no se requieren pagar tasas administrativas.

3.1.6.8. Especialización

El tribunal arbitral es quien resuelve definitivamente el asunto, y están calificados para poder interpretar el contrato, así como calificar y evaluar el incumplimiento que hubiera originado la disputa. A este respecto, la ventaja radica en que las personas que integran este órgano arbitral, deben ser expertas en determinadas materias. También, las personas designadas como árbitros deben ser totalmente imparciales y pueden ser técnicos sin que cuenten con la licenciatura en Derecho, sin embargo, en estos casos se recomienda la asistencia de por lo menos, un abogado en el tribunal arbitral.

3.1.6.9. Imparcialidad

Quizás uno de los mayores beneficios del arbitraje comercial internacional, reside en la posibilidad de elegir un foro neutral.

Esta decisión, contribuye para que las partes alejen de sus mentes la percepción que les hace creer que si litigan ante los tribunales estatales de la otra parte, se sentirán menos protegidas en sus derechos.

Muchas son las circunstancias que pueden colaborar para que una de las partes sienta que atraviesa por una situación de inseguridad, de desconfianza o de desventaja ante la otra.

³³ De manera general podemos decir que la cantidad mínima establecida por las instituciones arbitrales es de 50 mil dólares.

De manera que si las partes en sus transacciones internacionales, prefieren ellas mismas elegir una modalidad para las desavenencias que eventualmente se les presenten y que les permita resolverlas en un ambiente que sientan neutral, una opción viable es el arbitraje comercial internacional.

La búsqueda de la necesaria neutralidad, del equilibrio es una decisión que tomada, contribuirá a arribar a la mejor solución.

Las desavenencias, si bien ineludibles, tienden a provocar complicadas molestias, gastos excesivos, pérdida de tiempo, que no son bien toleradas por quienes operan en el ámbito de los negocios internacionales. Antes bien, resulta imprescindible que cuanto antes se reanuden las relaciones interrumpidas por la aparición de la disputa.

3.1.6.10. Aceptación del laudo

Actualmente existe la tendencia mundial, en cuanto a la definitividad de la decisión del tribunal arbitral, ya que no se contempla la posibilidad de apelar el laudo, salvo la procedencia, en su caso, de la nulidad del mismo, de aceptar el laudo dictado por el tribunal arbitral. Existen diversos tratados internacionales que regulan el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, lo que garantiza la obligatoriedad de la decisión.

3.1.7. Principios procesales en el arbitraje

Los deberes de un tribunal arbitral pueden derivar del acuerdo de las partes, del derecho aplicable o del reglamento de arbitraje que pueda aplicar.

Como principio general, conforme a cualquier legislación y a cualquier reglamento institucional, un tribunal arbitral tiene el deber de respetar adecuadamente las garantías procesales. El tribunal deberá mantener la igualdad en el tratamiento dado a todas las partes, actuar de forma imparcial y garantizar que las partes hayan tenido suficientes oportunidades de presentar y defender sus opiniones y contestar las de la otra parte.

Existen principios generales que subyacen en el procedimiento arbitral, cuya observancia es indispensable. Estos principios se conocen como “principios reguladores del proceso arbitral”. Estos son:

- 1) El principio *auditur et altera pars*, que se refiere a que no puede dictarse un laudo sobre una litis planteada si previamente no se escuchó a las partes.
- 2) El principio de *contradicción*, que permite que las pruebas ofrecidas por las partes sean conocidas y comentadas por la contraria.
- 3) El principio de *congruencia*, que exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las mismas que fueron planteadas y debatidas durante el procedimiento arbitral.³⁴
- 4) El de la *exhaustividad*, que obliga a que se resuelvan todas las pretensiones planteadas.
- 5) El de la *fundamentación y motivación* si se trata de laudos dictados en arbitrajes apegados a derecho, pues en los *ex aequo et bono* no se requiere la motivación.
- 6) Principio de *libertad formal*, ya que el procedimiento arbitral se caracteriza por su flexibilidad y sencillez, derivadas de la autonomía de la voluntad de

³⁴ Algunos de los sistemas regulatorios del arbitraje previenen que los árbitros preparen antes de iniciar la instrucción de la causa, lo que se conoce como **Acta de Misión**, con base en los documentos y alegatos de las partes que contenga los datos de las partes; la sede y las pretensiones; los puntos litigiosos, así como las reglas del procedimiento a seguir.

las partes, respetando los principios de audiencia, contradicción e igualdad.³⁵

Hay que tener presente que apartarse de estos principios puede acarrear, en un momento dado, la nulidad del laudo.

3.2. *Procedimiento arbitral*

Dentro de la autonomía de la voluntad, las partes pueden libremente convenir el procedimiento a seguir para el desarrollo del arbitraje. En defecto de tal acuerdo, las reglas aplicables serán las que establezca la legislación interna, o bien aquellas que fije un centro administrador de arbitrajes.

De acuerdo con Jorge Alberto Silva, existen cuando menos cuatro fases en el procedimiento arbitral:

- a) La fase *postulatoria*.- durante la cual se presenta la demanda, la contestación y la reconvención, en su caso, dándose a conocer las pretensiones y excepciones de las partes, así como los hechos sobre los que se apoyan las pretensiones.
- b) La fase *constitutiva*.- paralela a la anterior, momento en el cual se constituye el tribunal arbitral mediante la designación del o los árbitros.
- c) La fase *probatoria*.- correspondiente a la demostración de la veracidad de los hechos afirmados.
- d) La fase *conclusiva*.- que ocupa desde los alegatos hasta el laudo arbitral.³⁶

³⁵ Citado en Cruz Miramontes-Cruz Barney, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

³⁶ Cruz Miramontes-Cruz Barney, *op. cit.*, p. 37.

3.2.1. Etapa constitutiva

La constitución de un tribunal arbitral es habitualmente el primer paso de un procedimiento de arbitraje. El procedimiento se suele poner en marcha mediante la petición o la notificación de arbitraje presentada por el demandante al demandado o ante una institución arbitral.

En función del reglamento aplicable, el establecimiento del tribunal arbitral puede correr a cargo de una institución arbitral, de las propias partes o de un juzgado o tribunal arbitral.

Este proceso, acompañado del pago de un anticipo parcial sobre las costas que normalmente se exige antes del procedimiento, puede durar sólo unas pocas semanas en procedimientos acelerados si las partes cooperan de modo diligente.

3.2.2. Etapa probatoria

En esta etapa, como su nombre lo indica, se ofrecen las pruebas y, por lo general las partes reunidas ante el árbitro las desahogan. Éste suele ser el único momento en el arbitraje en que las partes y el árbitro se reúnen personalmente. Aquí también comparecen los peritos para rendir oralmente y por escrito su peritaje.

3.2.2.1. Pruebas

Como parte del procedimiento arbitral, la etapa de pruebas se sujeta a lo acordado por las partes, regulándose sus límites y condiciones en las audiencias previas. Así, se permiten las pruebas que las partes quieran y en caso de que no

se diga nada y de que se otorgue discrecionalidad al tribunal arbitral, las que éste estime convenientes.

Se ha considerado la necesidad de regular esta etapa del procedimiento, ya que no siempre se contará con el acuerdo de las partes. Así, la UNCITRAL ha determinado que las prácticas de pruebas en los procedimientos arbitrales siguen diferentes modelos:

1. El sistema adversarial. Bajo este modelo, corresponde fundamentalmente a las partes reunir pruebas y presentarlas al tribunal arbitral, quien no desempeña un papel activo en el proceso probatorio. Las pruebas básicas se presentan en forma de testimonio verbal y la parte que niegue el hecho puede comprobar dicho testimonio mediante el examen contradictorio del testigo.
2. El sistema inquisitorial. En este sistema, si bien se mantiene el principio de que las partes tienen que demostrar los hechos que se alegan en su favor, permite que el tribunal arbitral tome la iniciativa en la práctica de pruebas.³⁷

En la práctica, desaparece la división entre los dos sistemas y se prefieren seguir modelos híbridos. En cuanto a los distintos reglamentos que regulan la materia del arbitraje, éstos en general no regulan de manera específica esta parte del procedimiento, siendo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL el que más se ocupa de estas cuestiones y, como resultado, se dejan a la discreción del tribunal arbitral muchas cuestiones del procedimiento probatorio.

3.2.2.2. Audiencias

Si ninguna de las partes solicita una audiencia, el tribunal arbitral no estará obligado a celebrarla, aunque podrá hacerlo pese a todo. Además, podrá optar

³⁷ *Ibid*, p. 128.

por determinar los asuntos tomando como base únicamente los documentos presentados por las partes si los juzga suficientes.

En caso de celebrar una audiencia, el tribunal arbitral se asegurará de que cada una de las partes dispone de tiempo suficiente para alegar su caso. También podrá formular preguntas a las partes con vistas a aclarar ciertos puntos. Al hacerlo, no obstante, el tribunal evitará dar la impresión de parcialidad o de deslizar de forma implícita cosa alguna respecto a la decisión sobre el fondo del asunto que pudiera ya tener formada.

3.2.3. Etapa conclusiva

Si las partes así lo acuerdan o los árbitros lo deciden, las partes presentarán conclusiones o alegatos y posteriormente los árbitros elaborarán su decisión, que es el laudo arbitral.

3.2.3.1. Laudo

Como toda contienda, el procedimiento arbitral debe concluir con una decisión final. Esta decisión tiene la misma naturaleza que una sentencia judicial pero en la tradición latina se le denomina “laudo”.

El propósito del laudo será que ponga fin a la contienda, adjudicar a cada parte lo que en derecho le corresponde. Para tener solidez absoluta deberá ocuparse de lo que las partes consignaron.

Así, el laudo debe ser aprobado por una mayoría de votos en un panel de tres árbitros o por el árbitro único según sea el caso; debe indicar las razones en que se funda, salvo que las partes hubieren acordado otra cosa; debe constar por

escrito y estar firmado por el arbitro único o la mayoría de los árbitros según sea el caso, y debe indicar la fecha y el lugar de emisión.

Los sistemas de administración institucional de arbitraje enfatizan que deberá ser preocupación primordial de los árbitros que el arbitraje sea sólido y ejecutable por los tribunales judiciales si se tuviere que acudir para que lo lleve a cabo, pues como es sabido los árbitros carecen de imperio.

3.2.3.2. Homologación y ejecución de laudos arbitrales

Una vez pronunciado el laudo, se busca que se ejecute sin mayor demora. Es así que los laudos arbitrales requieren para su ejecución, de la intervención del Poder Judicial, dado que quien ejerce el *imperium* es la autoridad estatal y no el tribunal arbitral.

En el caso de México se ha planteado el problema de que un laudo, al presentarse ante la autoridad judicial para que sea reconocido y ejecutado, tiene que observar los trámites de *exequatur* y de la homologación³⁸.

Una vez concluido el procedimiento de *exequatur* y una vez que el laudo ha sido homologado, se procede a su ejecución. En México, la ejecución de laudos dictados en el extranjero se fortalece por el hecho de que el país se adhirió en 1971 a la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York). Además, en México 1978 ratificó la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) que sigue los lineamientos generales de la Convención de Nueva York, y en 1987 ratificó la Convención de Montevideo sobre la Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales.

³⁸ Por *exequatur* se entiende el o los procedimientos tendentes a obtener el reconocimiento de laudo extraño, para que una vez reconocido se ordene su ejecución. La homologación es el reconocimiento mismo que se hace del laudo y sus efectos, resultado del *exequatur*.

El laudo emitido en México no está sujeto a apelación. Por otra parte, la decisión emitida por el Juez competente en el procedimiento de homologación de un laudo dictado en el extranjero, no será objeto de recurso ordinario alguno, pero esta resolución puede ser combatida por demanda de amparo ante un tribunal federal por existir violaciones en cuanto al procedimiento legal o a las garantías de audiencia, además de la de legalidad.

Una vez analizadas las características y proceso del arbitraje es pertinente presentar, a manera de conclusión de este apartado, algunas de las ventajas que presenta este mecanismo para así saber que tan confiable puede ser. En primer lugar, uno de los aspectos más importantes del arbitraje es que la mayoría de los laudos arbitrales no están sujetos a apelación. Se pueden cuestionar ante los juzgados y tribunales, pero sólo por motivos muy limitados.

En segundo lugar, el arbitraje es reconocido internacionalmente ya que a través de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales, se facilita la aplicación de dicho procedimiento, dentro de los países que han firmado dicha Convención (hasta el momento son 120 países).

Asimismo, las partes pueden situarse en condiciones de igualdad respecto: al lugar del arbitraje (en un país neutral); el idioma o idiomas utilizados; las normas procesales; la nacionalidad de los árbitros; y la representación jurídica.

Por otra parte, una de las ventajas más importantes de este medio de solución de controversias es que la mayor de las normas arbitrales permiten gran flexibilidad a la hora de definir el procedimiento arbitral, como pueden ser: las vistas, los plazos, el lugar de las vistas y el lugar de las reuniones de los árbitros para redactar el laudo, etc. Esto es imposible ante un juzgado o tribunal del

Estado, ya que éstos están obligados (por ley) a seguir estrictamente sus normas procesales nacionales.

En cuanto a la rapidez, a diferencia de los procedimientos judiciales, los cuales pueden retrasarse, ser lentos y pesados, el arbitraje es más rápido y puede llevarse incluso semanas o meses si las partes lo desean.

Asimismo, en cuanto a la confidencialidad, las audiencias en juzgados y tribunales son públicas al igual que sus fallos. En cambio, las audiencias arbitrales no son públicas y únicamente las partes reciben copia del laudo, lo que constituye una gran ventaja cuando hay en juego secretos comerciales e inventos. Las estipulaciones subyacentes de un contrato que contengan estipulaciones de confidencialidad se deberán mantener para el procedimiento de arbitraje.

Este aspecto de confidencialidad se torna fundamental, en las controversias de Propiedad Intelectual, ya que las partes pueden establecer estipulaciones adicionales de confidencialidad al respecto.

Uno de los aspectos negativos del arbitraje es su costo, ya que los honorarios tanto de los árbitros, como posibles gastos en viajes y alojamiento, así como las costas administrativas de la institución arbitral corren por cuenta de las partes. Así por ejemplo, un arbitraje de la CCI de 1 millón de dólares, ante un árbitro único, costaría un promedio de 54 mil dólares.

A pesar, del alto costo que podría tener un arbitraje, las ventajas antes descritas son mayores, sobre todo si lo que se pretende preservar es el curso natural de un negocio, sin que un conflicto lo entorpezca demasiado.

CAPÍTULO 4. EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.

El 1o. de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre México, Estados Unidos de América y Canadá.

El objeto principal del Tratado de Libre Comercio era el establecimiento de una zona de libre comercio. Esto implicaba que los Estados partes asumían determinadas obligaciones en variados aspectos: comercio de los bienes a circular, trato nacional y acceso al mercado nacional y al de los otros miembros, comercio e inversión, procedimientos aduaneros, las cuestiones relacionadas con el dumping, determinación de un régimen de origen de las mercancías, medidas sobre el sector agropecuario, energético, petroquímico, barreras al comercio fronterizo, telecomunicaciones, servicios financieros, propiedad industrial, aspectos laborales, aspectos ecológicos, y finalmente lo referente a la solución de controversias que surgieran con motivo de la administración del Tratado.¹

Por ello, al definir los temas de negociación dentro del TLCAN se consideró sumamente relevante al capítulo sobre inversión. Se estableció que se eliminarían barreras importantes a la inversión, otorgando para tal efecto garantías básicas a los inversionistas de los tres países y estableciendo un mecanismo para la solución de controversias que pudieran surgir entre tales inversionistas y un país miembro del TLCAN.²

¹ Pacheco Martínez, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 1998, pp. 164 y 165.

² *Resumen. Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1992, p.16 (Documento elaborado por los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y Estados Unidos de América, Edición Especial).

De acuerdo con Daniel Price³, negociador del capítulo de inversión por parte de los Estados Unidos de América, las barreras a la inversión debían ser consideradas como barreras al comercio, por ello, en opinión del autor, era esencial la creación de un capítulo especial que regulara todo lo relacionado a la inversión. Continuando con el autor, señala que el multicitado capítulo XI tiene tres objetivos principales:

- a) Establecer un ambiente seguro de inversión a través de la elaboración de reglas claras para el trato justo de la inversión extranjera y de los inversionistas extranjeros;
- b) Eliminar las barreras a la inversión a través de la supresión o liberalización de restricciones existentes al respecto; y
- c) Crear un medio eficiente para resolver las controversias que puedan llegar a existir entre un inversionista y el país que recibe la inversión.

Antes de entrar al estudio del tema, cabe señalar que en la Quinta Parte del Tratado se ubica el capítulo XI, que se refiere a la *Inversión, servicios y asuntos relacionados* y éste a su vez se divide en tres secciones A, B y C.

La Sección A, llamada “Inversión” determina genéricamente los principios y reglas que se encargan de regir las inversiones dentro del TLCAN. El objetivo de la sección B, “Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte”, consiste en señalar el procedimiento que se sigue para resolver cualquier tipo de disputa que surja entre un país parte con un inversionista de otro país parte. La Sección C “Definiciones” contiene definiciones que son aplicables al marco de aplicación del capítulo XI del TLCAN.

Cabe destacar que el objeto de este capítulo radica en explicar el arbitraje y su procedimiento como mecanismo de solución a posibles controversias derivadas

³ Price, Daniel M. “An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor – State Dispute Settlement” en *International Lawyer*, Vol.27, No.3, fall 1993, Estados Unidos, p.727.

de la inversión extranjera y comentar los alcances del laudo arbitral que en su caso haya sido dictado.

Asimismo, se pretende analizar el tratamiento de controversias que puede promover un inversionista extranjero, al sufrir daño o pérdida con motivo de incumplimiento por parte de México como Estado huésped de la inversión, en términos del capítulo XI, sección B, del TLCAN. Para esto, se hará referencia a los casos que, en particular, se han presentado y resuelto en contra de México y se analizará su alcance.

4.1. Solución de controversias en el TLCAN y su capítulo XI

El sistema global de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte es amplio y complejo debido al abundante número y diversidad de temas que regula el Tratado. Los métodos para solucionar las controversias que pueden surgir dependen de la naturaleza, del tipo y del nivel de la cuestión por resolver. Ante la amplitud y complejidad de los temas regulados, la cantidad de métodos también se multiplicó. En las próximas líneas se hará una breve referencia a cada uno de éstos para concluir con una explicación del mecanismo de solución de controversias incluido en el capítulo XI del Tratado.

El primer método es un mecanismo indirecto, ya que el mismo TLCAN remite a otros acuerdos internacionales, es decir, no establece cuál debe ser el método de solución a una controversia, sino que remite a diversos acuerdos internacionales que fijan su propio mecanismo de solución. Aunque se trata de sistemas de resolución de diferencias acogidos por el propio TLCAN, éstos no son regulados por el Tratado, sino por otros instrumentos internacionales que los mismo Estados parte acuerdan en otra época. El TLCAN se refiere simplemente a lo señalado en esos instrumentos y remite a ellos para su aplicación. Este método de reflejo no es incongruente, pues los tratados o convenios a los cuales

remite han probado su efectividad. Por lo demás, en caso de que se hubiera tenido que volver a incorporar materialmente lo establecido en esos tratados dentro del TLCAN, lo harían demasiado extenso y repetitivo.

En este sistema de remisiones se encuentran las siguientes:

- a) GATT. En primer lugar el TLCAN remite al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). El TLCAN establece que las partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT; esto implica que queda vigente el derecho de los países contratantes de recurrir al sistema de consultas previsto en el artículo XXII del GATT.
- b) En el TLCAN también se estipula una remisión a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, así como al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Cada uno de estos instrumentos internacionales tiene su propio mecanismo de solución de controversias.⁴

Por otro lado, las consultas son el método más frecuente al que se recurre en el ámbito del TLCAN y tiene diferentes modalidades. La más importante es la de consultas a través de comités, los cuales se reúnen a petición de una de las partes contratantes o de comités que se congregan periódicamente. En dichos comités se plantean controversias surgidas en torno de un producto o servicio, y que, de común acuerdo, los representantes de las partes en el TLCAN buscan solucionar.

Dentro del método de consultas existen modalidades como el caso del grupo de trabajo conformado por México y Estados Unidos, que tiene facultades

⁴ El artículo XVIII de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres dispone un procedimiento de conciliación, y en caso de que no se logre ningún acuerdo recomienda que las partes se sometan al arbitraje, en especial al arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en lo que corresponde a la segunda de las convenciones citadas.

resolutivas en cuanto a normas técnicas y de comercialización agropecuaria. También destaca el procedimiento entre partes importadoras y exportadoras para el logro de acuerdos en medidas sanitarias y fitosanitarias.

Asimismo, en el TLCAN existen mecanismos internos de solución de controversias y se prevé la necesidad de que cada país cuente con procedimientos internos de impugnación de decisiones que afectan las transacciones reguladas en el Tratado. Éste es el caso de la revisión e impugnación de las resoluciones en materia de determinación de origen y de los dictámenes anticipados en materia aduanal, en medidas de emergencia, en materia de compras y en materia de propiedad intelectual.

El sistema supranacional para la solución de controversias se establece mediante procedimientos específicos; se trata del método más completo de los incluidos dentro del TLCAN para solucionar conflictos que se susciten entre los países. Abarca cuatro opciones principalmente:

- a) Procedimientos tendientes a solucionar controversias en materia de inversión, previstos en el capítulo XI, sección B.
- b) Procedimientos encaminados a solucionar controversias en materia de servicios financieros, establecidos en el artículo 1415.
- c) Procedimientos orientados a solucionar controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, previstos en el capítulo XIX.
- d) Procedimientos relativos a disposiciones institucionales y tendientes a la solución de controversias, incluidos en el capítulo XX.

El arbitraje ocupa un lugar privilegiado entre estos métodos en el tratado. A nivel público, el arbitraje juega un papel importante en la solución de disputas entre los Estados miembros dentro del área de Libre Comercio, ya que el Tratado impone una obligación entre las partes para alentar y facilitar, al máximo, el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias

comerciales. Sin embargo, en el capítulo XI, sobre inversión, el TLCAN crea el papel más importante y de mayor alcance para este mecanismo.

En el caso de la inversión extranjera, el sistema de solución de controversias tiene la peculiaridad de otorgar legitimidad a particulares para llevar a cualquiera de los estados signatarios a un tribunal arbitral, privándolos del derecho de acudir a los propios tribunales judiciales.⁵

El capítulo XI crea un régimen innovador para la solución de una amplia gama de diferencias sobre inversión entre las partes del Tratado y los inversionistas de otra parte.

La sección B del capítulo XI prevé un mecanismo de arbitraje para resolver las controversias en materia de inversión entre un inversionista y un Estado parte del Tratado. Este mecanismo busca asegurar “tanto un trato igual entre inversionistas de las partes del acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como el debido proceso legal ante un tribunal imparcial”⁶.

Se condiciona al inversionista extranjero a cuatro supuestos para que pueda acceder a los procedimientos de solución de controversias del capítulo XI, que a saber son los siguientes:

1. La violación, por parte del Estado receptor de la inversión, de uno de los principios que rigen al capítulo XI.
2. Cuando alguna empresa del Estado tenga facultades de regulación o de imposición de cuotas, derechos u otros cargos y con alguna de sus medidas o acciones afecte los intereses del inversionista extranjero.

⁵ Véase en especial sobre el tema: García Moreno, Víctor Carlos. “Régimen de la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte” en *Revista de Derecho Privado*, Año 7, No. 19, enero – abril 1996, México.

⁶ Artículo 1115 del TLCAN.

3. Cuando monopolios y empresas del Estado afecten la actividad de la inversión extranjera por su incompatibilidad con las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Sección A del capítulo XI.
4. Que en la aplicación de los supuestos anteriores el inversionista haya sufrido pérdidas o daños.⁷

Además de estos supuestos, el artículo 1121 establece condiciones previas para el sometimiento de una controversia al procedimiento arbitral establecido en la Sección B del capítulo XI. Las condiciones previas deben ser:

1. Que tanto el inversionista (persona física), como la empresa acepte someterse al arbitraje en los términos establecidos en el Tratado, es decir, aceptar las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI), de su mecanismo complementario o las de UNCITRAL, además de las reglas y disposiciones complementarias establecidas en la Sección B del capítulo XI.
2. Que el inversionista renuncie al derecho que le corresponde de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales internos, salvo el caso del recurso a medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, pero que no impliquen el pago de daños ante dichos tribunales y conforme a la legislación del Estado vinculado en la controversia.

Así tenemos que la Sección B del capítulo XI del TLCAN establece un procedimiento arbitral que permite a los inversionistas de un país demandar a un país extranjero, por violaciones en materia de inversión que le causen daños pecuniarios. El objeto de este mecanismo es restituir la propiedad de la inversión al inversionista, o resarcirlo de los daños pecuniarios que le fueron ocasionados por la violación y, en su caso, de las costas del procedimiento. Sin embargo, el panel no puede condenar al pago de daños punitivos.

⁷ Pereznieto. *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p.261.

Pueden recurrir a este procedimiento los inversionistas de un país, respecto de sus inversiones en el país del cual se alega una violación. Los inversionistas, sin embargo, no pueden demandar al Estado del cual son nacionales. Esto es congruente con el principio de reciprocidad internacional puesto que, si bien los nacionales de un Estado no pueden demandarlo por violaciones en la materia, sí gozan de ese derecho respecto de sus inversiones en otro país del TLCAN. Es por eso que una empresa, no obstante que sea una inversión extranjera, no puede demandar al Estado en el que está establecida, sino a través del inversionista extranjero que sea propietario de esa inversión.

Ahora bien, dentro del procedimiento se pueden distinguir dos etapas: las consultas y el arbitraje. En los siguientes apartados se explicará para tener un mejor panorama del tema.

4.1.1. Consultas o negociaciones

También en este procedimiento priva el principio de lograr una solución por la vía de consultas o negociación. Por tal motivo, el inversionista que pretenda someter una reclamación al arbitraje deberá primero, notificar al Estado extranjero su intención de hacerlo, y no podrá someter la reclamación formalmente, sino hasta que hayan transcurrido 90 días a partir de la notificación. Las partes deberán utilizar este periodo para lograr una solución satisfactoria.⁸

⁸ El modo en cómo se llevarán a cabo las consultas o negociaciones no se describen. El artículo a la letra dice: "Artículo 1118. Solución de una reclamación mediante consulta y negociación.- Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación."

4.1.2. Arbitraje

Si las partes contendientes no logran un acuerdo, el inversionista podrá someter su reclamación al arbitraje, conforme a lo siguiente:

- a) El Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI)⁹, siempre que tanto el Estado contendiente como el Estado del cual el inversionista contendiente es nacional, sean parte del mismo;
- b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del Convenio del CIADI, cuando el Estado contendiente o el Estado del cual el inversionista contendiente es nacional, pero no ambos, sea parte del Convenio del CIADI; o
- c) Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

A esta fecha, Estados Unidos es parte del Convenio del CIADI pero México y Canadá no son parte del mismo. Por tanto, mientras Canadá y México no se adhieran al Convenio, los arbitrajes del Capítulo XI del TLCAN se regularán siempre por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o por las Reglas de UNCITRAL. En cambio, se regularán por el Mecanismo Complementario cuando el inversionista sea de Estados Unidos o el demandado sea este país y por las Reglas de UNCITRAL en todos los demás casos. Por tanto, los conflictos entre inversionistas canadienses y México o entre inversionistas mexicanos y Canadá se regularán por las Reglas de UNCITRAL.

⁹ Sobre el CIADI véase Vives Chillida, Julio A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

4.1.2.1. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en materia de Inversión (CIADI)

Las funciones del Banco Mundial y el tipo de operaciones financieras que realiza, en las cuales se vinculan muchas veces inversionistas particulares en la negociación fundamental entre el organismo y los países miembros, motivó que sus servicios fueran demandados en ciertas oportunidades para lograr acercamientos conciliatorios entre inversionistas extranjeros y los países huéspedes.

Un ejemplo de estos servicios, se presentó cuando el Banco Mundial actuó para solucionar las diferencias entre el gobierno de Irán y la compañía Anglo – Iraní de Petróleo y las inconformidades de los accionistas ingleses y franceses con motivo de la nacionalización del Canal de Suez por el gobierno Nasserista de Egipto. Las gestiones del Banco Mundial no impidieron que se presentaran problemas que se podían derivar al acceder a funciones que no le correspondían estatutariamente y para las cuales no estaba organizado, por una parte, y por otra la posibilidad de que se suscitaran conflictos entre las autoridades del Banco Mundial y los países miembros. En razón de ello, se decidió tratar de institucionalizar las funciones de conciliación y arbitraje, manteniendo la presencia del Banco Mundial, pero estableciendo mecanismos e instituciones directivas específicas.

El 14 de octubre de 1966, respaldado por la ratificación de 20 países, comenzó la vigencia del tratado que funda el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI), organización internacional y autónoma si bien su presidente es el presidente del Banco Mundial.

Los criterios establecidos para orientar la solución de los conflictos pretenden contemplar los intereses de los inversionistas y de los países huéspedes,

manteniendo un costo inferior a los procesos arbitrales tradicionales y tratando de garantizar la eficiencia de sus gestiones.

En este sentido, el CIADI permite que los países, al adherirse, se reserven el derecho a exigir que se deban agotar las instancias locales antes de recurrir a su mecanismo. Por otra parte, en una disposición que aparentemente responde a la Doctrina Calvo, se prohíbe al inversionista que acude al sistema arbitral previsto que solicite la protección diplomática al país del cual es ciudadano o en el cual reside; sin embargo, al dictarse el fallo arbitral si el mismo no es acatado por el país receptor de la inversión, el inversionista recupera el derecho a solicitar la protección diplomática del estado contratante en que reside. El Estado contratante del inversionista puede intervenir en la disputa para lograr que se cumpla el laudo.

El CIADI no define a la inversión, lo que permite otorgar a este concepto gran amplitud, abarcando, además de la inversión directa en sentido estricto, a las inversiones financieras de largo plazo, propiedad industrial e intelectual, contratos tecnológicos. El contenido del concepto amplio de inversión se puede encontrar detallado en el TLCAN (capítulo XII), en el capítulo correspondiente a la Organización Mundial del Comercio, y en los tratados bilaterales de garantías de inversiones.

4.1.2.2. Mecanismo complementario del CIADI

Con el fin de ampliar el marco de las actividades del CIADI, el 27 de septiembre de 1978, el Consejo Administrativo del centro autorizó al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos que estuvieran fuera del alcance del Convenio del CIADI. Con este objetivo se emitieron las Reglas del Mecanismo Complementario, por medio de las cuales el Secretariado puede administrar los siguientes tipos de procedimientos:

a) Procedimientos de conciliación y de arbitraje en materia de inversiones entre un Estado y un inversionista, cuando el Estado parte en el procedimiento, o bien el Estado del cual es nacional el inversionista, no es un Estado contratante del convenio;

b) Procedimientos de conciliación y de arbitraje para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión y en donde al menos una de las partes es un Estado contratante o un inversionista de un Estado contratante, siempre y cuando no se trate de una transacción comercial ordinaria; y

c) Procedimientos de comprobación de hechos.

En todos estos supuestos se está en presencia de un sistema institucional, ya que además de las reglas, existe una institución que los administra, que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

En el caso del CIADI, el tribunal se integrará por tres árbitros. Cada una de las partes en la controversia nombrará uno y éstos elegirán a su presidente y en caso de controversia, el presidente será nombrado por el Secretario General del CIADI¹⁰. Tanto el presidente como el resto de los árbitros serán nombrados por una lista de 45 árbitros previamente seleccionados en las Partes en el Tratado¹¹. De manera excepcional, el Secretario General del CIADI presidirá el Tribunal Arbitral sólo en caso de que no encuentre en la lista un árbitro disponible y siempre que tenga nacionalidad distinta de la de las partes en la controversia¹².

¹⁰ Artículos 1123 y 1124, párrafo segundo del Acuerdo del CIADI.

¹¹ Artículo 1124, párrafo cuarto del Acuerdo del CIADI.

¹² Artículo 1124, párrafo tercero del Acuerdo del CIADI.

4.1.2.3. Reglas de la UNCITRAL o CNUDMI

En este caso, corresponde al inversionista elegir las reglas bajo las cuales deberá actuar el tribunal y puede decidir que la reclamación arbitral se someta: a) a las reglas del CIADI cuando su país y el del demandado sean parte de la misma; b) a las correspondientes del mecanismo complementario del CIADI, si se ha adherido alguno de los dos países a que se aludió pero no ambos; o c) a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

4.2. Procedimiento Arbitral en el capítulo XI del TLCAN

Uno de los elementos fundamentales de todo arbitraje es el consentimiento de las partes. En el caso del mecanismo inversionista – Estado, los signatarios del TLCAN han manifestado expresamente su consentimiento en el artículo 1122 y que a la letra dice:

“Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje.

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:
 - (a) El Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
 - (b) El Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
 - (c) El Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.”¹³

Por su parte, el inversionista debe hacerlo de conformidad con las reglas aplicables. En lo que se refiere a la exclusión de la jurisdicción de tribunales nacionales, el tratado dispone, para el caso de Estados Unidos y Canadá, que el inversionista deberá renunciar a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales, respecto de la medida que presuntamente ha violado las disposiciones del tratado, lo cual no impide

¹³ Artículo 1122 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 1993, México.

que agote esas instancias antes de recurrir al arbitraje. En el caso mexicano, el gobierno hizo una reserva al artículo 1120, al señalar que no se le podrá demandar invocando violaciones al TLCAN tanto en un procedimiento arbitral conforme al capítulo XI como en un tribunal judicial o administrativo mexicano, siendo jurisdicciones excluyentes entre sí.¹⁴

4.2.1. Integración del Tribunal Arbitral

El sistema de solución de controversias en el capítulo de inversiones diverge de los otros, entre otros aspectos en el que corresponde a la constitución del tribunal arbitral. Para la solución de los conflictos vinculados a la inversión, según se definiera, las partes integrarán una lista de 45 árbitros sin importar su nacionalidad, de esta lista surgirán los presidentes de los tribunales arbitrales.

El tribunal arbitral se integrará por tres árbitros, a menos de que las partes acuerden otra cosa. Cada parte contendiente elegirá a uno y ambos, por acuerdo, designarán al tercero quien fungirá como presidente¹⁵. En caso de que una de las partes no designe a un árbitro o que no se logre un acuerdo respecto de la designación del presidente, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del CIADI que lo designe. Así, el Secretario General nombrará al presidente de entre los miembros signatarios del TLCAN. Éste no podrá ser nacional del Estado contendiente ni de la misma nacionalidad que el inversionista contendiente. El Secretario General designará a los demás árbitros a su discreción.

¹⁴ La reserva hecha por México al artículo 1120 responde a que el TLCAN, de acuerdo con la Constitución Política de México, es ley suprema y por lo tanto impide que una misma violación al Tratado se reclame en dos foros distintos y que, tanto las decisiones de los jueces puedan ser revisadas por los árbitros como las de los árbitros, por los jueces. Sin embargo, este problema no se presenta respecto de Estados Unidos y Canadá porque, al no ser susceptible el TLCAN de aplicarse directamente, sino que requiere de una legislación de implementación, los sistemas jurídicos respectivos no otorgan a los particulares un derecho de acción para reclamar violaciones al Tratado ante tribunales nacionales: en todo caso se trata de violaciones a la regulación interna.

¹⁵ Artículo 1123 del TLCAN.

No obstante que el procedimiento involucra a un Estado y a un inversionista de otro Estado, el Estado contendiente debe notificar a las otras partes del TLCAN sobre el sometimiento de la reclamación al arbitraje, toda vez que se ventilarán cuestiones sobre la interpretación del tratado. En consecuencia, los otros signatarios del tratado tienen derecho a recibir las pruebas ofrecidas al tribunal y los argumentos escritos presentados por ambas partes, así como presentar comunicaciones al tribunal arbitral sobre cuestiones de interpretación del tratado.

4.2.2. Lugar del arbitraje

La ciudad donde tendrá lugar el procedimiento arbitral podrá ser acordada entre las partes contendientes. En caso de que las partes no acuerden algo en contrario, el arbitraje se llevará a cabo en territorio de uno de los países signatarios del TLCAN que sea parte de la Convención de Nueva York de 1958¹⁶. El territorio específico donde se realizará el arbitraje se determina conforme a lo previsto en las reglas de procedimiento que rijan cada controversia, es decir, el Convenio del CIADI o el Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de UNCITRAL.

La selección del lugar donde ha de llevarse a cabo el arbitraje tiene consecuencias legales fundamentales, tales como la eficacia de las medidas precautorias, de los procedimientos para anular un laudo y la ejecución de sentencias, ya que se rigen por la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

4.2.3 Derecho aplicable al fondo de la controversia

Los árbitros deben basar su decisión en las normas del TLCAN y en el derecho internacional. Se trata de una disposición muy importante de la cual se deduce,

¹⁶ México, Estados Unidos y Canadá son partes de la Convención de Nueva York de 1958.

que no será aplicable el derecho nacional de uno de los países miembros del Tratado.

El hecho de que los árbitros deban decidir las controversias “*de conformidad con el Tratado*” implica que no se limitarán a considerar las disposiciones de las secciones A y B del Capítulo XI sino que tendrán que guiarse también por otras disposiciones más generales como son las previstas en el Capítulo I que recoge los objetivos del Tratado.

Con respecto a “*las reglas aplicables del derecho internacional*” resulta difícil una delimitación, debido a su extensión. Sin embargo, se tiene como punto de referencia el modo en que se ha interpretado el artículo 42 de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, que prevé también la aplicación de normas de derecho internacional por parte de los árbitros.

Por otro lado, existe un documento importante en el ámbito del derecho internacional en materia de inversiones. Se trata de los “Lineamientos para el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa”, elaborado por el Banco Mundial. Estos lineamientos recogen muchos principios de derecho internacional y se describen consejos prácticos sobre lo que debe entenderse por esos principios.

Por otra parte, el artículo 1131-2 señala que “*la interpretación que formule la Comisión sobre una disposición del Tratado será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad a la Sección B del capítulo XI*”. Se trata de la Comisión de Libre Comercio establecida de conformidad con el artículo 2001. Esta Comisión se forma por representantes de cada Parte del TLCAN a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstos designen y tiene entre otras funciones, la de “*resolver las controversias que pudieran surgir respecto a su interpretación o aplicación*”.

Que se resuelva una controversia con base en lo dispuesto en un tratado que vincula a las partes y en el derecho internacional, sería natural si se tratara de un conflicto entre países, derivado de hechos o actos en los cuales ambas partes consideran que se debía aplicar su derecho, o que el derecho internacional les otorgue la razón, o cuando entre dos países el conflicto se basa en diversa interpretación de hechos o normas. Sin embargo, en el capítulo XI del TLCAN, el conflicto se refiere en la inconformidad de un particular respecto a una resolución adoptada por un gobierno, que actuó aplicando sus leyes, las que el inversionista conocía y aceptó al invertir en ese país.

Podría darse el caso que un inversionista impugne una decisión que tomó el gobierno de una parte, por cuanto no podía adoptar otra decisión sin violar la ley nacional. La decisión arbitral puede dictar un laudo diciendo que la parte agraviada tiene razón y que el país demandado tiene pagar daños y perjuicios. Si por una decisión judicial el país demandado no pudiera cumplir el laudo, el inversionista agraviado podría recurrir a la protección diplomática (en el caso de que se hubiera elegido el trámite del CIADI).

Si el gobierno de referencia hubiera actuado conforme a lo dispuesto en el tratado y en el derecho internacional y ello resultara perjudicial para el inversionista, éste podría impugnar la resolución en los tribunales judiciales nacionales y exigir que se aplique la legislación nacional, ya que la vía arbitral es opcional y es él quien decide la que más le convenga; no sólo puede elegir el tipo de tribunal que decidirá sobre la cuestión que lo afecta sino también cuál es el derecho que más le conviene que se aplique. Es por eso que el CIADI establece que si las partes no se hubieren puesto de acuerdo respecto a las normas aplicables al problema, el tribunal deberá aplicar las leyes del estado que sea parte de la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado y todas aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.¹⁷

¹⁷ Artículo 42 _ I del Acuerdo del CIADI.

La disposición del CIADI en consecuencia, es mucho más benéfica para el país demandado que las del TLCAN, lo cual es de suma importancia, ya que México es un país receptor de inversión extranjera en general y muy especial de inversión estadounidense.

En este punto destacan las condiciones bajo las cuales se discutió el TLCAN. Para Estados Unidos la conformación de un área económica en la cual su hegemonía no fuera discutible constituía un objetivo estratégico y sentaba las bases para desarrollar un plan a largo plazo, que le permitiera subsistir como potencia mundial; su preocupación era no realizar demasiadas concesiones en el corto plazo, para lo cual contaba con la ventaja del tiempo y un marco de negociaciones internacionales favorables.

México, por el contrario, tenía una necesidad coyuntural, inmediata, de capitales externos y dada la composición histórica de los que había recibido, la búsqueda se orientaba a Estados Unidos, y su objetivo era también realizar la menor cantidad de concesiones posibles, pero sin demasiadas posibilidades de negociar.

4.2.4. Contenido y definitividad del laudo

El laudo que dicte el tribunal podría ordenar la restitución de la propiedad, que en este caso se podrá resolver en el pago de daños e intereses. El laudo arbitral será obligatorio para las partes, que deberán cumplirlo sin demora, esto se encuentra establecido en el artículo 1136, numerales 1 y 2 que a la letra dicen:

“Artículo 1136.- Definitividad y ejecución del laudo.

1. El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 y al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional, una parte contendiente acatará y cumplirá con el laudo sin demora...”¹⁸

¹⁸ Artículo 1136, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *op. cit.*

Antes de que la parte contendiente que ganó el arbitraje pueda solicitar la ejecución del laudo, deberán transcurrir algunos plazos previstos en el Tratado, con el objeto de permitir a la otra parte que pueda plantear la revisión o anulación del laudo con base en las reglas procedimentales aplicables.

Cuando una parte contendiente no acate o incumpla un laudo definitivo, el inversionista afectado podrá solicitar al gobierno de su país que solicite, a la Comisión del Libre Comercio, la integración de un panel conforme al capítulo XX del TLCAN. Se trata de un mecanismo general de solución de controversias derivadas del Tratado. En este nuevo arbitraje el inversionista no participa como parte contendiente, es el gobierno de su país, quien interviene en el procedimiento para exigir el cumplimiento del laudo, al ser una obligación prevista en el Tratado.

4.3. Casos de arbitraje comercial contra México ya resueltos en el marco del capítulo XI del TLCAN

El propósito de este apartado es hacer un análisis de los laudos que se han dictado en los arbitrajes en donde México ha sido la parte demandada ante el CIADI y expresar algunos comentarios sobre los aspectos que han surgido de la experiencia mexicana.

A pesar de que los avisos de intento de someter una controversia han sido presentados, en este momento, los procedimientos que se han iniciado y los laudos que se han dictado contra México han sido solamente cuatro.

El TLCAN protege las inversiones extranjeras de los residentes en Estados Unidos y Canadá, que representan más del 70% de la inversión extranjera directa acumulada en México. Nuestro país tiene especial interés en diversificar los flujos de capital externo y en especial incrementar el volumen de éstos, para

lo cual ha considerado conveniente otorgar a terceros países garantías similares a las del TLCAN.

Dentro del texto del TLCAN no se da una definición conceptual y específica de los que debe entenderse por inversión extranjera, sin embargo, enumera una serie de actividades que, para los efectos del TLCAN, al realizarse caerán bajo el concepto de inversión extranjera.

De acuerdo con lo estipulado por el artículo de definiciones¹⁹ del capítulo XI, por inversionista debe entenderse aquella persona que realiza la inversión. Además, define también que “son inversionistas de las otras Partes, las inversiones realizadas por sociedades constituidas en los otros países parte que lleven a cabo actividades empresariales sustantivas, independientemente de la nacionalidad de sus propietarios”.

Existen tres tipos de trato para la inversión extranjera previstos dentro del capítulo XI del TLCAN, estos son: i) Trato nacional; ii) Trato de nación más favorecida; y iii) Nivel mínimo de trato. Lo anterior constituye el pilar fundamental del capítulo de inversión en estudio, ya que estos tres criterios son la esencia del propio Tratado, pues la aplicación de dichos lineamientos depende el ejercicio del libre comercio dentro de la zona de América del Norte.

El propósito de este apartado es hacer un pequeño análisis de los laudos que se han dictado en los arbitrajes en donde México ha sido la parte demandada ante el CIADI y expresar algunos comentarios sobre los aspectos que han surgido de la experiencia mexicana.

Nuestro país ha sido demandado ante el CIADI por inversionistas extranjeros, particularmente de Estados Unidos, por incumplimiento, según ellos, a disposiciones contenidas en el capítulo XI del TLCAN.

¹⁹ Artículo 1139 TLCAN.

Cabe destacar que, a pesar de que, el Tratado prevé la posibilidad que inversionistas de cualquiera de los tres países inicien un arbitraje en contra de otro de los países contratantes, la mayoría de los casos se han iniciado por inversionistas provenientes de Estados Unidos y en algunos casos, de Canadá. En lo que se refiere a México no se ha presentado ninguna demanda de arbitraje bajo el procedimiento del capítulo XI del TLCAN. Esto se puede apreciar en la tabla que a continuación se presenta.

Relación de casos del capítulo 11, 1994 - 2004

Parte demandante	Parte demandada	Resolución
Ethyl Corporation (E.U.A.)	Canadá	Resuelto con base en un fallo emitido según el Acuerdo sobre Comercio Internacional de Canadá, con el pago de 1 indemnización de 13 mdd a Ethyl
S. D. Myers, Inc. (E.U.A.)	Canadá	El panel de arbitraje otorgó a Myers una indemnización equivalente al valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan el caso.
Sun Belt Water, Inc. (E.U.A.)	Canadá	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
Pope and Talbot (E.U.A.)	Canadá	El panel de arbitraje rechazo gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 y con base en la verificación y revisión del incidente se ordenó a Canadá que pagara 461 566 dólares al inversionista.
Ketchum (E.U.A.)	Canadá	No prosiguió.
Signa (México)	Canadá	No prosiguió.
UPS (E.U.A.)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso y el panel de arbitraje pidió al inversor que presentara una querrela notificada.
Trammel Crow (E.U.A.)	Canadá	En curso.
Crompton (E.U.A.)	Canadá	En curso.
Methanex (Canadá)	E.U.A.	En curso. Se encontró que la reclamación no cumplía con los requisitos del artículo 1101(1) y se invitó a Methanex a presentar de nuevo la querrela. Methanex la presentó corregida en noviembre de 2002 y hubo una sumisión amigable en marzo del 2004.
Loewen Group Inc., (Canadá)	E.U.A.	En curso.
ADF Group Inc., (Canadá)	E.U.A.	La decisión final rechazó la querrela.
Mondev International (Canadá)	E.U.A.	La decisión final rechazó la querrela.
Canfor (Canadá)	E.U.A.	En curso.
Kenex (Canadá)	E.U.A.	En curso.
Adams, et. al. (E.U.A.)	México	En curso.
Robert Azinian et al. (E.U.A.)	México	El panel de arbitraje rechazó la querrela.
Calmark Commercial Development	México	En curso
Corn Products International (E.U.A.)	México	En curso.
Marvin Feldman Karpa (E.U.A.)	México	El panel de arbitraje encontró que México había violado el artículo 1102 y determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de

		pesos mexicanos por concepto de indemnización e intereses.
Fireman's Fund (E.U.A.)	México	En curso.
Robert Frank (E.U.A.)	México	En curso.
GAMI Investments, Inc. (E.U.A.)	México	En curso.
Halchette Corporation (E.U.A.)	México	No prosiguió.
Metalclad Corporation (E.U.A.)	México	El panel de arbitraje determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica revocó parcialmente el argumento en el que se sustentó la determinación de la indemnización.
International Thunderbird Gaming	México	En curso.
Waste Management I (E.U.A.)	México	El panel de arbitraje apoyó la objeción de México respecto a la jurisdicción.
Waste Management II (E.U.A.)	México	El panel encontró que México no había violado los artículos 1105 y 1110, por lo que no fue condenado a pagar la indemnización solicitada por Waste Management.

NOTA: La información sobre cada uno de los casos puede consultarse en la siguiente página de internet: <http://www.economia-snci.gob.mx>

En los siguientes apartados se analizarán los casos iniciados en contra del gobierno de México, al amparo del capítulo XI, sección B, del TLCAN, los cuales ya se han resuelto.

4.3.1. Metalclad Corporation contra México

La empresa Metalclad dedicada al tratamiento de residuos peligrosos fue la primera que inició un procedimiento contra el gobierno de México al amparo del capítulo XI. Se trató, sin duda, del más complejo de los casos entablados contra el gobierno mexicano, pues implicó no sólo las políticas ambientales, sino también cuestiones relacionadas con las normas oficiales en los tres niveles de gobierno.

Metalclad es una empresa de los Estados Unidos de América, constituida conforme a las leyes de Delaware. Eco – Metalclad Corporation es propiedad de Metalclad y posee el 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C. V., sociedad mexicana. En 1993, Ecosistemas Nacionales compró la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C. V.

(COTERIN) con el fin de adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, localizado en Guadalcázar. COTERIN es el propietario registrado del confinamiento, así como de los permisos y licencias, base de la controversia. COTERIN es la empresa en representación de la cual Metalclad, como inversionista de una parte, sometió una reclamación.

El 2 de enero de 1997, Metalclad presentó su demanda ante el CIADI alegando que, a pesar de tener la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos de Guadalcázar y del estado de San Luis Potosí le impidieron instalar su planta de tratamiento de residuos peligrosos en el sitio llamado “La Pedrera”, en el municipio de Guadalcázar de dicho estado. Metalclad pedía una indemnización de 120 millones de dólares por haberse violado los principios de trato nacional y de nación más favorecida, así como la prohibición de aplicar los requisitos de desempeño²⁰.

Según la empresa, el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos²¹ y le otorgó todos los permisos para construir la planta. Con esas garantías, Metalclad, procedió a construir lo que denominó un relleno sanitario “de punta” para desechos peligrosos. Sin embargo, cuando todo estaba listo, la empresa no pudo echar a andar el relleno sanitario debido a las acciones de diversos funcionarios estatales y municipales. Debe señalarse que el gobierno federal tiene jurisdicción en varios sectores ambientales, como es la gestión de los residuos

²⁰ Artículos 1102, 1005 y 1110 del capítulo XI del TLCAN.

²¹ El gobierno federal mexicano estaba interesado en promover la inversión extranjera en el tratamiento de residuos peligrosos por ser éste un sector poco desarrollado en México. Si bien el país genera cada año más de ocho millones de toneladas de desechos peligrosos, menos de 20% de ese volumen es tratado de manera que no dañe el medio ambiente. En 1997 sólo había en México dos plantas para el tratamiento de desechos peligrosos. La propiedad de ambas está en su mayoría en manos de empresas extranjeras del ramo: Técnicas Medioambientales de México, ubicada en Hermosillo, Sonora y Residuos Industriales Multiquim, S. A., que opera el mayor relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal*, 14 de octubre de 1997.

tóxicos, pero la zonificación compete al gobierno estatal y el otorgamiento de permisos de construcción es facultad del gobierno municipal.

La decisión del tribunal arbitral fue en favor de la empresa Metalclad, ya que consideró que México había violado los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, de acuerdo a los siguientes argumentos:

En lo referente al artículo 1105 del TLCAN, en primer lugar hay que recordar que éste dispone que: “cada 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, así como protección y seguridad plenas”.

Asimismo, se hizo hincapié en la declaración de principios y reglas que introduce el TLCAN, en la cual se hace referencia a la “transparencia”, ya que se consideró de gran importancia²². El tribunal arbitral consideró que, una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes.

En primer lugar, el Gobierno mexicano otorgó, antes de que Metalclad comprara COTERIN, permisos federales de construcción y operación para el confinamiento y el Gobierno de San Luis Potosí, igualmente, otorgó un permiso de operación. Cuando Metalclad inquirió, antes de comprar COTERIN, acerca de la necesidad de permisos municipales, funcionarios oficiales le aseguraron que tenía todo lo que necesitaba para iniciar el proyecto del confinamiento.

Se dejó creer a Metalclad que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento. Metalclad alega que el Municipio no

²² Artículo 102(1) del TLCAN

tenía facultades en lo que se refería a los asuntos de residuos peligrosos. Sin embargo, México argumenta que, de acuerdo con la constitución y las leyes, el Municipio sí tenía facultad para otorgar permisos de construcción.

Aún si México estaba en lo correcto respecto a sí se requería un permiso municipal de construcción, le evidencia mostró que la competencia de la autoridad federal regulaba lo referente a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a argumentos de impacto ambiental fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

Basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad inició la construcción del confinamiento, y con el conocimiento de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la “Orden de Clausura” del 26 de octubre de 1994. Dicha Orden se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.

Además, Metalclad afirmó que funcionarios federales le dijeron que si presentaba una solicitud para un permiso municipal de construcción, el Municipio no tendría fundamento legal para negar el permiso y que sería evidentemente otorgado. La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN.

El 5 de diciembre de 1995, el Municipio negó a Metalclad el permiso de construcción. La negativa se dictó después de que estaba casi concluida la

construcción e inmediatamente después de que se anunció el *Convenio* acerca de la operación del confinamiento. Ninguna de las razones de la negativa incluían lo referente a algún problema relacionado con la construcción material del confinamiento o a cualquier otro defecto material del mismo.

Además, el Tribunal no puede hacer caso omiso del hecho de que inmediatamente después de que el Municipio negó el permiso, éste presentó un recurso administrativo ante la Secretaría de Ecología Recursos Naturales y Pesca (SEMARNAP) en contra del *Convenio*. La SEMARNAP desechó el recurso por falta de interés jurídico, y el Municipio reaccionó prontamente interponiendo un amparo. Se otorgó una suspensión provisional, y se impidió la operación del confinamiento durante 1999.

En 1997 se dictó un Decreto Ecológico, el cual prohibió el uso a Metalclad de su inversión. Las acciones del Municipio después de negar el permiso municipal de construcción, conjuntamente con las deficiencias procedimentales y sustanciales de la negativa, sustentan la resolución del Tribunal, por las razones antes expuestas, de que la insistencia del Municipio en la obtención del permiso de construcción y la negación del mismo cuando le fue solicitado, fueron inadecuadas.

Así, el Tribunal consideró que México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demostraron 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.

Más aún, los actos del Estado y del Municipio – y por lo tanto actos de México – incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los

inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno no justifica el incumplimiento de una obligación de un tratado.

El Tribunal por lo tanto sostuvo que Metalclad no fue tratado justa y equitativamente de acuerdo con el TLCAN y concedió la reclamación relativa al artículo 1105.

En lo que se refiere al artículo 1110 del TLCAN, el tribunal esgrimió los siguientes argumentos: primero hay que establecer los lineamientos que se delinean en el citado artículo: “ninguna de las Partes podrá directamente o indirectamente... expropiar una inversión...o adoptar una medida equivalente... a una expropiación... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización...”. “Una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también 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 esperarí de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

Al permitir la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal sostuvo que equivalía a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, tenía que interpretarse en el sentido de que México había adoptado una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.

El Tribunal sostuvo que la autoridad exclusiva para permitir un confinamiento de residuos peligrosos era el gobierno federal mexicano. Como se determinó, 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. Así, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción impidió la operación del confinamiento. Esta medida equivale a una expropiación indirecta.

Metalclad, basándose en afirmaciones de una entidad dependiente del gobierno, inició la construcción antes de solicitar un permiso de construcción. Entonces, una orden de clausura fue dictada después de que una parte sustancial del trabajo se había completado. La orden se basaba en la falta de permiso de construcción. Se presentó una solicitud, pero a pesar de que nunca se negó expresamente, tampoco se otorgó un permiso.

Aunque no era estrictamente necesario para su conclusión, el Tribunal consideró el Decreto Ecológico dictado por el Gobernador de San Luis Potosí el 20 de septiembre de 1997 como un fundamento más para su decisión respecto a la expropiación. El Decreto cubría un área de 188,758 hectáreas dentro de “Real de Guadalcázar” lo que incluía el lugar del confinamiento, y creó ahí una reserva ecológica. Este Decreto tuvo como efecto el impedir para siempre la operación del confinamiento. Es por ello que el Tribunal consideró que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.

En conclusión, el Tribunal sostuvo que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a ésta una indemnización por la expropiación y así, México violó el artículo 1110 del TLCAN.

En definitiva, al considerar que México, en efecto, había violado las disposiciones del capítulo XI del TLCAN, referentes al trato, la transparencia y a

la expropiación, el tribunal arbitral consideró que México debía pagar una indemnización a Metalclad por una suma de 16 685 000 de dólares (dieciséis millones seiscientos ochenta y cinco mil dólares).

En su defensa, México consideró que el fallo había sido sumamente parcial e intentó impugnarlo solicitando su nulidad. Para tal propósito sometió el caso ante la Suprema Corte de la Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio del arbitraje²³.

Cabe señalar que conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil, ya que como se explicó líneas arriba, es un recurso extraordinario que otorgan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en argumentos débiles. La norma de revisión que utilizan los tribunales suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. Pese a lo anterior, la Suprema Corte de la Columbia Británica revocó parcialmente el fallo del caso Metalclad en el dictamen fechado el 2 de mayo de 2001. La Corte convino con México en que el Tribunal de arbitraje primero había interpretado y aplicado las normas de transparencia del capítulo 18 del TLCAN para concluir que la exigencia del permiso municipal y el procedimiento para solicitarlo constituían una infracción a la obligación de ofrecer un trato acorde con el derecho internacional, y que después había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había expropiado de manera indirecta la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización.

No obstante, el fallo se revocó sólo de manera parcial, ya que la Suprema Corte de la Columbia Británica encontró que México aún debía impugnar correctamente los sustentos en los que se basaba el laudo de expropiación del Tribunal de Arbitraje. México no logró convencer a la Suprema Corte de que el

²³ El fallo de un panel de arbitraje del TLCAN en materia de inversión es inaplicable en tanto esté en curso un proceso para revocarlo.

otro motivo por el que el fallo debía ser revocado era por haberse considerado el Decreto Ambiental como una expropiación indirecta. En opinión de la Suprema Corte, la decisión del Tribunal de Arbitraje de definir el Decreto Ambiental como una medida de expropiación indirecta no excedía el alcance de la solicitud de arbitraje.

4.3.2. Robert Azinian contra México

Los inversionistas Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, iniciaron el procedimiento como ciudadanos de los Estados Unidos y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S. A. de C. V. (DESONA). Esta empresa era titular de un contrato de concesión que se celebró el 15 de noviembre de 1993 relativo a la recolección y eliminación de basura en el municipio de Naucalpan de Juárez, en el Estado de México, cuya duración sería de 15 años.

Naucalpan es un suburbio altamente industrializado de la Ciudad de México. El manejo de los residuos residenciales y empresariales era, y sigue siendo, una importante función de las autoridades municipales.

Tal como estaba concebido, el proyecto de los demandantes buscaba 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.

Como consecuencia de la cancelación del Contrato de concesión de DESONA por parte de la Ciudad de Naucalpan, los demandantes, como accionistas de DESONA estaban buscando recuperar la pérdida de “el valor de la concesión como negocio en marcha.” El más alto de sus métodos alternativos de valoración resultó en una cifra en torno a 19.2 millones de dólares. Los demandantes

alegaron que los actos del Ayuntamiento de Naucalpan resultaron en una violación del TLCAN imputable al Gobierno de México.

Durante el breve periodo de supuesto cumplimiento del Contrato de concesión, los demandantes dieron toda la impresión de operar con notable escasez de recursos, con dificultad para financiar la adquisición de dos vehículos e, incluso, pagar la nómina. Las pruebas llevaron necesariamente a la conclusión de que los demandantes celebraron el Contrato de concesión con declaraciones falsas, y que carecían la capacidad de cumplirlo.

Las nuevas autoridades municipales que tomaron posesión el 1° de enero de 1994 mostraron escasa inclinación a resolver las cosas con DESONA y, en lugar de ello, les entregaron una lista de 27 supuestos motivos de terminación. Los demandantes insistieron en que estaban en una posición de remediar las fallas y de cumplir con sus obligaciones, pero no lo hicieron.

Así, los inversionistas de la empresa iniciaron un juicio contra el gobierno mexicano, alegando que DESONA había sido indebidamente privada de una concesión para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de energía eléctrica. Con ello, afirmaba la empresa se habían violado los artículos 1105 y 1110²⁴, por lo que pedía una indemnización cercana a los 20 millones de dólares. El nuevo ayuntamiento de Naucalpan anuló la concesión con el argumento de que la empresa había falseado la información sobre su capacidad financiera y su competencia técnica.

La reclamación fundamental de los demandantes fue que habían sido víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo

²⁴ El artículo 1105 referido a la obligación de establecer una norma mínima de trato y el 1110 a la expropiación.

alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales.

En cuanto a la alegación de que la anulación del contrato constituyó un acto de expropiación, el tribunal arbitral resolvió lo siguiente: por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión era si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringían las obligaciones de México con arreglo al Capítulo XI.

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorgaba, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales al tribunal internacional que conoce del caso, como si éste tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituía una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencían al Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituía una infracción del TLCAN. Se necesitaba más; los demandantes debían acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito. Los demandantes, sin embargo, no habían objetado la actuación de los tribunales mexicanos; no habían alegado denegación de justicia.

Los demandantes no cuestionaron las pruebas presentadas por México conforme a las cuales una concesión de servicio público otorgada por autoridades municipales con base en un error o falsa declaración es nula de acuerdo a la legislación mexicana. Con respecto a las pruebas sobre los hechos, DESONA combatió los razonamientos del Ayuntamiento y de los tribunales

mexicanos, pero no negó que existían pruebas de que el Ayuntamiento fue inducido a error con respecto a la capacidad de la empresa para ejecutar la concesión.

Tras un proceso de dos años y siete meses, el Tribunal de Arbitraje emitió su fallo, en el que desechaba por completo la demanda pues los demandantes no habían logrado demostrar que se hubiera cometido una violación al TLCAN o a alguna otra norma de derecho internacional. En su razonamiento para rechazar la demanda, el Tribunal destacó que el TLCAN no prevé que los inversionistas puedan recurrir al arbitraje internacional por motivo de infracciones contractuales²⁵, y consideró que la evidencia que proporcionó el gobierno de México había sido suficiente para despejar cualquier duda respecto a la buena fe de los jueces mexicanos. Al señalar que la disputa se había presentado ante los tribunales nacionales de México, el panel determinó que no era posible inculpar a una autoridad gubernamental por actuar de manera sancionada por sus tribunales, a menos que en el plano internacional se desconociera a dichos tribunales.

Los demandantes no trataron siquiera de demostrar que las decisiones de los tribunales mexicanos constituyeron una infracción grave de los principios establecidos en la ley mexicana. Las pruebas de México sobre los criterios legales aplicables a la anulación de contratos de servicio público no fueron refutadas. El Tribunal Arbitral no encontró nada en la aplicación de estos criterios con respecto a la cuestión de la nulidad que pareciera injustificado a la luz de las pruebas. Por el contrario, éstas respaldaban las conclusiones de los tribunales mexicanos.

²⁵ El Tribunal señaló que si un inversionista originario de un país miembro del TLCAN “establece una relación contractual con una autoridad pública y es objeto de una infracción por parte de dicha autoridad, no siempre está autorizado para presentar una demanda en los términos del TLCAN, dado que el Tratado no tiene el propósito de brindar a los inversionistas extranjeros una salvaguarda contra este tipo de arbitrariedades”.

Como comentario final, en el laudo se señala que la credibilidad de los demandantes se vio perjudicada por varios incidentes revelados en el curso del procedimiento arbitral y que, aunque ni el Ayuntamiento ni los tribunales mexicanos los conocieran antes del inicio del procedimiento de arbitraje, respaldaban la conclusión de que el Ayuntamiento fue inducido a firmar el Contrato de concesión mediante falsas apariencias. Por último, el Tribunal Arbitral desaprobó, obviamente, esta actitud, y señaló que respaldaba la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión no infringía las obligaciones del Gobierno mexicano en virtud del TLCAN.

4.3.3. Waste Management I contra México

Una de las compañías más importantes de los Estados Unidos en el sector de los desechos industriales, Waste Management Inc., empresa constituida según las leyes del estado de Delaware, entabló una demanda tanto a nombre propio como de Acaverde S.A. de C.V.

El motivo de la demanda fue la supuesta violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN que cometiera el Concejo de la Ciudad de Acapulco, en el estado de Guerrero, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBRAS), en relación con la concesión del servicio de recolección y tratamiento de desechos, que otorgara el Ayuntamiento de Acapulco a Acaverde, brazo de inversión de Waste Management en México. Esta última reclamaba una indemnización de 36 millones de dólares.

De acuerdo con la concesión, el gobierno municipal debía permitir que la empresa realizara el servicio de limpieza de las calles de la ciudad y tenía que otorgarle el permiso para construir el relleno sanitario. La empresa argüía que, si bien había efectuado el servicio de limpieza, no había recibido pago alguno por ello, y que se le había obligado a abandonar las inversiones millonarias en dólares que había hecho en la elaboración y desarrollo del relleno sanitario. La

demanda se rechazó por falta de jurisdicción, a raíz de la impugnación que presentó México contra la competencia del Tribunal del TLCAN.²⁶ En septiembre del año 2000, la empresa Waste Management volvió a presentar su solicitud de arbitraje ante el CIADI y en esta ocasión sí fue resuelto su caso. En el siguiente apartado se hace referencia a dicho asunto.

4.3.4. Waste Management II contra México

El 27 de septiembre de 2000, el Secretario General Interino del CIADI registró una notificación de solicitud de arbitraje presentada por Waste Management Inc. de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI contra México. La Demandante alegó que México era responsable de conformidad con los Artículos 1110 y 1105 del TLCAN por las acciones de varios organismos estatales en relación con la inversión de Waste Management en una empresa dedicada a la prestación de servicios de recolección de basura en la Ciudad de Acapulco, en el Estado de Guerrero.

El 1º de junio de 2001, México informó al Centro que objetaba la competencia del Tribunal. Ésta era la segunda ocasión en que la Demandante iniciaba un procedimiento respecto de su reclamación. En el primer procedimiento, se dictó un laudo declinando su competencia sobre la base de que la empresa demandante no había renunciado en forma válida a su derecho de obtener reparación en los tribunales locales, renuncia requerida por el Artículo 1121 del TLCAN como condición previa al sometimiento de una reclamación al arbitraje.²⁷ Más aún, en virtud de que este error no podía ser subsanado mediante ningún otro acto de la Demandante, y por lo tanto el Tribunal carecía

²⁶ El Tribunal decidió que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, pues el demandante no había cumplido con una condición esencial para solicitar que su demanda se sometiera ante un panel de arbitraje conforme al artículo 1122 del capítulo XI.

²⁷ Cabe recordar que, de acuerdo con el citado artículo 1121 del TLCAN, en el caso de una controversia sometida contra México es necesario hacer la renuncia a acudir a los tribunales locales, debido a la jerarquía que tiene el mismo Tratado dentro del derecho mexicano, la cual no admite que exista dos jurisdicciones válidas.

de competencia sobre dicha reclamación. Sin embargo, el nuevo tribunal decidió que la demandante no estaba impedida de someter a arbitraje su reclamación.

Entrando en estudio de este caso, la presente controversia surge de una concesión para la prestación de servicios de recolección de basura en la ciudad de Acapulco, en el Estado de Guerrero. Los términos y condiciones acordados para esta operación se plasmaron en el “Título de Concesión”, cuyas partes eran el Municipio de la Ciudad de Acapulco y Acaverde. Acaverde era una compañía mexicana creada en 1994 y era una subsidiaria de la empresa Waste Management, una corporación de Delaware con importantes intereses en los servicios municipales de recolección de basura en los Estados Unidos.

El Título de Concesión se firmó el 9 de febrero de 1995 y conforme a éste, Acaverde se haría cargo de prestar en forma exclusiva determinados servicios de limpia de calles y de disposición de basura en un área específica de Acapulco. De acuerdo con el Programa de Operación, el Ayuntamiento se comprometía a establecer “los reglamentos que fueran necesarios para prohibir el barrido manual, la recolección, transportación, uso, reciclaje o disposición final de basura generada en el área de concesión por cualquier persona física o moral diferentes a la Concesionaria”.

El 30 de junio de 1995 el Ayuntamiento aprobó y luego promulgó un Reglamento que regulaba la concesión del servicio público de limpia. Este Reglamento disponía la exclusividad de los servicios de recolección de basura y además incluía en forma adjunta un cuadro de tarifas. El Reglamento contemplaba que los residentes o comercios ubicados en el área de la concesión “debían solicitar” el servicio público de limpia. La Demandada alegó que esta cláusula no correspondía a ninguna obligación sustantiva y advirtió que la obligación de pagar las tarifas no era una imposición. Esto es cierto, ya que sólo las personas que firmaban un contrato de servicios con Acaverde estaban obligadas a pagar.

Además de prestar servicios de recolección, Acaverde se hizo cargo de construir y operar un relleno sanitario permanente de desechos sólidos para la totalidad del Municipio. El Ayuntamiento proporcionaría un terreno para instalar el relleno “en comodato forzoso por el término de la Concesión”. Sujeto a la construcción del relleno sanitario permanente, Acaverde tendría, libre de cualquier cargo, acceso a uno de los tiraderos existentes. El plazo de la Concesión era de 15 años a partir de la fecha de inicio de la prestación de los servicios.

Asimismo, el Ayuntamiento se comprometió a negociar con un banco de desarrollo establecido por el gobierno federal de México, el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., “una línea de crédito, revolvente e irrevocable” para garantizar “el pago de todas las obligaciones” del Municipio por el término de la Concesión.

Ahora bien, cabe destacar que las controversias que pudiesen derivar del Título de Concesión habrían de someterse a arbitraje de conformidad con la Cláusula 17, que disponía que: “Cualquier controversia derivada o conexas con esta Concesión deberá ser sometida a Juicio Arbitral, con la intervención de un Árbitro que designarán conjuntamente el Concesionario y el Ayuntamiento, y en caso de no llegar a acuerdo alguno en tal designación, el Arbitraje se resolverá por tres Árbitros, uno de los cuales será un profesionista independiente experto en Derecho Mexicano. En este último caso, los Árbitros designados por las Partes deberán conjuntamente designar al tercero, que fungirá como Presidente.”

El arbitraje debería efectuarse en Acapulco de acuerdo con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

El 15 de agosto de 1995, Acaverde comenzó a prestar sus servicios y casi de inmediato surgieron dificultades para hacer cumplir los acuerdos de exclusividad, presentándose una fuerte resistencia de los clientes a pagar por los servicios de recolección de basura. Los grupos que oponían resistencia incluían a los

porcicultores, que recogían los restos de alimentos de los restaurantes y los carretilleros que se dedicaban a hacer pequeñas tareas, incluida la recolección de basura, a cambio de una propina. Acaverde finalmente llegó a un acuerdo con la asociación de porcicultores, pero los carretilleros se opusieron. Además, Acaverde se quejaba del hecho de que el Ayuntamiento no proporcionaba a Acaverde el terreno destinado a sus operaciones ni firmaba el contrato de comodato para el nuevo relleno sanitario.

De conformidad con el Título de Concesión, el Ayuntamiento debía proporcionar en comodato un terreno de propiedad municipal para que fuese utilizado como relleno sanitario permanente. En lugar del relleno propuesto, Acaverde operaba un relleno temporal, y permitía que el Ayuntamiento lo utilizara para arrojar la basura recogida fuera del área de la concesión. Con el tiempo y con un aporte sustancial de recursos, Acaverde construyó su base de clientes en el área de la concesión. Pero las dificultades financieras de Acaverde se vieron en gran medida exacerbadas por cuanto desde el principio hubo graves problemas para asegurar el pago periódico del Ayuntamiento.

Así, durante los 27 meses que duró la operación de Acaverde, sus facturas al Ayuntamiento totalizaron un importe superior a 49 millones, de los cuales el Ayuntamiento pagó de por sí 2.225.000 y Banobras se hizo cargo de 4.9 millones. Aproximadamente el 80% del monto total facturado quedó impagado. Acaverde inició dos procedimientos ante los tribunales federales mexicanos contra Banobras por incumplimiento del Contrato de Apertura de Línea de Crédito.

Estos procedimientos fueron desestimados, al igual que las consiguientes apelaciones hechas por Acaverde, así como el arbitraje iniciado ante la Cámara de Comercio de la Ciudad de México. El 29 de septiembre de 1998, mientras aún se ventilaban los procedimientos iniciados en México, Waste Management comenzó el primer arbitraje ante el CIADI, esta acción dio lugar a que el Primer

Tribunal desechara su reclamación. El nuevo procedimiento ante el CIADI fue registrado en septiembre del 2000, fecha en que todas las reclamaciones iniciadas por Acaverde ante los tribunales mexicanos ya habían sido desestimadas y el arbitraje de la CANACO había sido interrumpido sin que se arribara a ninguna decisión. A pesar de estos acontecimientos, la empresa presentó la misma reclamación que había presentado ante el CIADI en el primer arbitraje. En otras palabras, no fundó su reclamación en términos de una denegación de justicia en los procedimientos mexicanos.

El Tribunal no sugirió que la difícil situación financiera o la resistencia del público, como tales, puedan servir de excusa para que un municipio incurra en violación de sus compromisos contractuales. Pero el Capítulo XI del TLCAN no es un foro para resolver controversias de tipo contractual y, tal como lo han manifestado en reiteradas ocasiones los tribunales abocados a cuestiones de inversiones, “los acuerdos bilaterales de inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios”. La pregunta es si, atendiendo a la conducta de las partes involucradas y a las circunstancias generales, el Ayuntamiento causó que Waste Management sufriera pérdidas en circunstancias que equivalen a una violación del nivel mínimo de trato establecido en el artículo 1105.

En opinión del Tribunal, las pruebas que le fueron presentadas no respaldaban la conclusión de que el Ayuntamiento actuó de un modo totalmente arbitrario o de un modo notoriamente injusto. Cumplió con parte de sus obligaciones contractuales, pero se encontraba en una situación de genuina dificultad por las razones ya expuestas. Procuró encontrar soluciones alternativas a los problemas que ambas partes enfrentaban, aunque no lo logró. Su incumplimiento más importante fue la falta de pago; que persistió, podría considerarse una violación del Artículo 1110 del TLCAN por ser equivalente a una expropiación, ya sea de la empresa en su conjunto o al menos de las sumas que permanecieron impagadas. A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse

a una violación del Artículo 1105, siempre que no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema. La falta de pago puede explicarse, aunque no justificarse, por la crisis financiera que implicó que en ciertos momentos claves el Municipio apenas pudiese pagar los sueldos de su propia nómina. No hay pruebas de que haya estado motivada por prejuicios sectoriales o locales.

Como conclusión, el tribunal resolvió que no era función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el Artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero, o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios que, se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y que dependía para su éxito de hipótesis insostenibles sobre captación de clientes y cumplimiento contractual. Una empresa a punto de quebrar no es expropiada sólo porque no se pagan las deudas o porque no se cumplen otras obligaciones contractuales. La posición podría ser diferente si los caminos jurídicos disponibles para procurar una reparación estuvieran obstaculizados o si seguirlos fuera evidentemente inútil frente a la intransigencia gubernamental. Pero éste no fue el caso. La decisión de la Demandante de no proseguir con el arbitraje de la CANACO puede resultar comprensible pero, atendiendo a todas las circunstancias, no significa que México haya incurrido en violación del Artículo 1110 tanto como del Artículo 1105. Por todas estas razones, en opinión del Tribunal, no hubo nada que pudiese describirse acertadamente como una expropiación por parte de México de la propiedad, los activos o la inversión de Waste Management, o como una medida equivalente a una expropiación, de conformidad con el significado del Artículo 1110 del TLCAN. El reclamo planteado por la Demandante con base en el Artículo 1110, al igual que el fundado en el Artículo 1105, debía rechazarse.

4.3.5. Marvin Feldman contra México

El 30 de abril de 1999, Marvin Feldman Karpa, ciudadano estadounidense, presentó una reclamación a favor de Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) contra México según las reglas complementarias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La reclamación alegó que a CEMSA, que era una compañía extranjera con registro de comercio y exportadora de cigarros en México desde 1990, le fue negado el beneficio de ciertas reformas fiscales disponibles a los exportadores como esta empresa, que incluía la devolución del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS).

La producción de cigarros está sujeta al pago del IEPS, cuya tasa osciló entre el 135% y 85% por producto durante los años 1990 y 1997. Sin embargo, la Ley del IEPS ha establecido desde su origen hasta la fecha una tasa del 0% a la producción por producto, cuando éste sea exportado. La forma en que la Ley fue diseñada y la forma general en que ha operado es mediante la devolución del impuesto especial por producción causado, al momento en que el cigarro es exportado.

Éste fue el primer arbitraje bajo el TLCAN en contra de decisiones de la autoridad fiscal de uno de los países parte. El Tratado limita la aplicabilidad del mecanismo de resolución de controversias inversor – Estado huésped, únicamente a reclamaciones por violaciones a los artículos 1102, 1103 y 1110 cuando la disputa versa sobre medidas fiscales de las partes. En el caso específico de una reclamación alegando que las medidas fiscales de la parte constituyeron una expropiación directa o indirecta o una medida equivalente a la expropiación debe ser referida primero a las autoridades fiscales de los Estados

parte del TLCAN, las cuales pueden acordar que una medida fiscal no constituye una expropiación.²⁸

En el arbitraje, el reclamante argumentó por un lado que una serie de medidas tomadas por la autoridad fiscal en relación con su inversión, entre las cuales destacaban la resistencia de las autoridades a aplicar una decisión de la Suprema Corte de México de 1992 sobre la inconstitucionalidad de distinguir entre productores y distribuidores como sujetos de la tasa cero por ciento del IEPS, un presunto acuerdo verbal celebrado con las autoridades sobre la procedencia de devoluciones, en su caso, la posterior negativa a devolverle el IEPS por sus exportaciones y una auditoría fiscal iniciada en su contra, constituían actos equivalentes a una expropiación de su negocio de exportación de cigarrillos. Por otro lado, argumentó que el trato que había recibido en cuanto a la procedencia de la devolución del IEPS había sido menos favorable que la recibida por un inversionista nacional situado en circunstancias similares. En el primer argumento invocó una violación al artículo 1110 del TLCAN en materia de expropiación, y en el segundo, una violación al artículo 1102 en materia de trato nacional.

México sostuvo que en ningún momento existió un acuerdo entre Feldman y las autoridades fiscales sobre la procedencia de la devolución del impuesto, que si hubiera existido tal acuerdo, no hubiese tenido ningún efecto vinculatorio sobre las autoridades fiscales, y que en todo caso Feldman nunca había cumplido con los requisitos de la ley para tener derecho a una devolución y que las devoluciones realizadas habían sido hechas en el contexto de un mecanismo de devolución automática sujeto siempre a posterior revisión fiscal.

En enero del 2003, el Tribunal Arbitral falló lo siguiente en su laudo arbitral: rechazó la reclamación de violación al artículo 1110 del TLCAN, pero resolvió que México había incurrido en trato discriminatorio en violación al artículo 1105.

²⁸ TLCAN, artículo 2103.

El tribunal hizo referencia al análisis persuasivo realizado por otros tribunales arbitrales bajo el TLCAN en materia de expropiación, en especial a los laudos en Azinian y Pope & Talbot²⁹. En síntesis, el tribunal resolvió que en el presente caso, si bien las medidas del gobierno mexicano dejaron sin posibilidad al reclamante de exportar cigarros y obtener ganancias, esto no constituía una medida equivalente a la expropiación, toda vez que CEMSA nunca tuvo derecho adquirido en ese sentido. Asimismo, el reclamante no había perdido el control de su inversión, la empresa CEMSA, ni existía ninguna interferencia en las operaciones o control accionario de la misma, y que ésta podía continuar en el negocio de la exportación con otros bienes. En pocas palabras, ninguna de las medidas gubernamentales ejercidas en un contexto regulatorio legítimo había tenido como consecuencia una interferencia suficiente para concluir que había sido privado de su propiedad.

El tribunal falló, sin embargo, que el trato que el inversionista recibió en comparación con el de una empresa situada en circunstancias similares había sido menos favorable, incurriendo el Estado mexicano en discriminación de facto. Durante el periodo 1998 – 2000 se le negó a CEMSA su registró como empresa exportadora, se le negaron las devoluciones del IEPS y se le sometió a una auditoría iniciada poco tiempo después de iniciado el arbitraje. Paralelamente existía cierta evidencia de que dos empresas controladas por un grupo de inversionistas mexicanos habían recibido devoluciones del IEPS y a la fecha no habían sido sujetas a revisión fiscal por parte de las autoridades mexicanas. El tribunal reconoció que la evidencia del trato a las empresas controladas por inversionistas mexicanos era escasa. Sin embargo, basó su decisión en que habiendo el reclamante hecho un caso *prima facie* sobre el trato más favorable recibido por éstas, la carga de la prueba había sido transferida a México. En opinión del tribunal arbitral, México no había podido demostrar que

²⁹ Pope & Talbot es una compañía de Estados Unidos, que demandó a Canadá y el panel de arbitraje rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 y con base en la verificación y revisión del incidente se ordenó a Canadá que pagara 461 566 dólares al inversionista. Para mayor referencia véase la tabla de la página 119.

los inversionistas mexicanos no habían recibido un trato de hecho más favorable que el de CEMSA. Por lo tanto, ordenó al gobierno mexicano a pagar por concepto de daños \$9 464 627.50 (Nueve millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil seiscientos veintisiete pesos y cincuenta centavos) de pesos mexicanos, más intereses.

Para concluir este capítulo, cabe mencionar que ciertos inversionistas extranjeros han considerado que invertir en países en vías de desarrollo es muy riesgoso, debido, entre otras causas, a factores de tipo político, económico y social que se reflejan en estrictas legislaciones nacionales que no brindan seguridad jurídica a sus inversionistas.

Durante la década de los ochenta y principios de los noventa, principalmente, los gobiernos de los países en desarrollo, adoptaron una política de desregulación de la inversión extranjera, cuya función consistía en seleccionar las inversiones benéficas para el país. Por su parte, en 1989, México reformó el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras para facilitar el flujo de capitales externos a nuestro país.

La apertura a la inversión extranjera comprendía, tanto aspectos sustantivos (porcentaje de participación de inversión, áreas de inversión, adquisición de inmuebles, inversión en el campo, etc.) como aspectos fundamentales procedimentales, relativos a la solución de controversias originadas por inversiones foráneas.

Hasta ahora, los conflictos derivados de inversiones extranjeras tradicionalmente se habían sometido a los procedimientos previstos en las legislaciones nacionales; sin embargo, actualmente, como consecuencia de las presiones que a nivel mundial han ejercido los grandes inversionistas, existe una acelerada tendencia a la utilización de métodos alternativos, como el arbitraje, que, en

opinión de los inversionistas, constituye una garantía de seguridad jurídica para sus capitales.

En este contexto, en los últimos años, se han creado diversas instituciones, como es el caso del CIADI que contemplan mecanismos internacionales, como el arbitraje, para solucionar controversias derivadas de inversiones extranjeras. Asimismo, este mecanismo fue incluido en el capítulo XI TLCAN para dirimir las controversias que surgieran entre un inversionista y un Estado parte y es a la luz de este mecanismo que se plantearon los casos antes descritos.

Ahora bien, se debe puntualizar que durante los diez años de experiencia del capítulo XI se han presentado 23 demandas³⁰, de las cuales 13 han sido contra México, sólo 5³¹ han terminado con un laudo arbitral, 1 no prosiguió y 7 siguen en curso. De los cinco casos en los que se ha emitido un laudo arbitral, dos han sido a favor del inversionista y tres en contra del inversionista reclamante.

Cabe destacar que en todas las reclamaciones resueltas contra México ante tribunales arbitrales los demandantes alegaron invariablemente violaciones a las disposiciones sobre expropiación del artículo 1110 y del nivel mínimo de trato conforme al artículo 1105. Sin embargo, el único caso hasta la fecha en el que un tribunal arbitral ha resuelto que una medida gubernamental en cuestión ha constituido un acto equivalente a la expropiación ha sido el de Metalclad, y en ese caso una de las dos razones esgrimidas para sustentar esa conclusión fue anulada posteriormente por la Suprema Corte de Columbia Británica.

En cuanto a los daños reclamados, éstos han variado desde la cantidad de 50 millones de pesos en el caso de Feldman, hasta 120 millones de dólares en el caso Metalclad. El monto de daños otorgados por tribunales ha variado de un

³⁰ Entre los tres países se suman 23 demandas, para tener mayor referencia consultar la tabla en las páginas 121 y 122.

³¹ De los cinco laudos, dos de ellos son contra la misma empresa: Waste Management, ya que ésta presentó dos veces su demanda de arbitraje ante el CIADI.

máximo de 16.7 millones de dólares hasta un mínimo de 1 millón de pesos. Así, el monto de los daños otorgados no superó el 13% de lo solicitado por el inversionista.

TABLA DE DAÑOS
Casos de México

	Reclamación	Decisión	%
Azinian	20 mdd	0	0
Metalclad	120 mdd	16.7 mdd	13
Feldman	50 millones de pesos	9 millones de pesos	2
Waste Management I	60 mdd	0	0
Waste Management II	60 mdd	0	0

Los casos que se presentaron al arbitraje, todos se relacionan inversiones en el sector servicios. De los cinco laudos dictados, tres han versado sobre inversiones relacionadas con servicios de recolección y almacenamiento de residuos. Es decir, cerca del 80% de las controversias que han avanzado al arbitraje bajo el capítulo XI se han derivado de inversiones en el negocio de basura.

Del análisis de los casos también se puede observar que sólo en uno de los casos que han avanzado al arbitraje han involucrado reclamaciones contra medidas del gobierno federal mexicano. Del resto de los casos, México fue llevado a arbitraje por medidas tomadas tanto por los gobiernos locales como por los municipales.

El tipo de intereses o políticas públicas involucradas en los casos de arbitraje contra México no ha sido muy diverso. El cuadro siguiente muestra la tipología general resultado del análisis de los casos contra México. El tipo más recurrente ha sido el interés o política en materia ambiental, dentro del cual se encuadran los casos sobre inversiones en servicios de almacenamiento y recolección de residuos sólidos y peligrosos. Debe observarse que de los casos concluidos relacionados con intereses en materia ambiental sólo en el caso de Metalclad concluyó con una decisión en parte favorable para el inversionista.

Casos contra México, capítulo XI
Por sector e interés

Caso	Sector	Interés
Azinian	Servicio - residuos sólidos	Ambiental
Metalclad	Servicio - residuos peligrosos	Ambiental
Feldman	Comercio- exportación de cigarros	Política fiscal
Waste Management I	Servicio - residuos sólidos	Ambiental, salud, recursos municipales
Waste Management II	Servicio - residuos sólidos	

CONCLUSIONES

El nuevo orden económico internacional implica una creciente complejidad de los problemas que a menudo surgen en la práctica comercial, algunos de estos problemas, como se mencionó en repetidas ocasiones, a lo largo de este trabajo, pueden ser resueltos a través del arbitraje. Esta institución utilizada desde la antigüedad por los comerciantes, surge renovado como método idóneo de resolución de litigios comerciales internacionales. La actual evolución del sistema jurídico arbitral en vigor, hace posible la efectividad de dicho sistema dentro de la justicia nacional de los estados, gracias a que cada día son más los países que han firmado la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958¹. Dicha Convención ha constituido una gran certidumbre para los inversionistas internacionales, ya que les brinda seguridad al momento de realizar sus inversiones.

Ahora bien, es necesario recalcar que el arbitraje es una figura utilizada ampliamente en el ámbito económico dentro de los países con los cuales México celebró el TLCAN. Estados Unidos tiene una larga tradición en la aplicación del arbitraje comercial y Canadá ha adoptado las disposiciones legales que la mayor parte de las naciones en el mundo han tomado respecto al arbitraje, esto es, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Comercial Internacional sobre el arbitraje comercial internacional, similar actitud que México asumió hace poco tiempo.

Dentro de los propósitos del TLCAN se encontraban liberar y promover el comercio y la inversión entre los tres países norteamericanos, y mejorar la gestión de las relaciones comerciales y de inversión entre los países socios y para alcanzarlo el tratado incluyó diversos procedimientos de resolución de

¹ Hasta la fecha han sido ya 120 países que han firmado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

disputas, dentro de los cuales se encontraba el referido en el capítulo XI y que fue tema de análisis de este trabajo. Así, los tres países miembros del TLCAN, dentro del marco de éste y de conformidad con las prácticas comunes internacionales adoptaron al arbitraje como un medio pacífico e idóneo para dirimir las diferencias que con motivo del tráfico económico se pudieran suscitar entre ellos.

Como pudimos observar a lo largo de la tesis, el arbitraje también supone una reducción de costos y rapidez en la solución de los litigios; por lo tanto, facilita los intercambios comerciales y una vez solucionados, las partes pueden continuar con su actividad mercantil.

Asimismo, dentro de las grandes ventajas que ha representado este tipo de solución de controversias en materia de inversión y que le imprimió un carácter innovador al Tratado, fue el hecho de conceder a los inversionistas el derecho a iniciar un juicio arbitral internacional contra un Estado, derecho que tradicionalmente le correspondía únicamente a los Estados. Con este mecanismo se crea un sistema, en el que las partes depositan en los particulares el control del inicio de un arbitraje en el que se dirimirá la posible responsabilidad internacional del Estado anfitrión por violaciones a las obligaciones establecidas en el capítulo XI.

Si bien es cierto que es demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas respecto de la operación del capítulo XI, eso no significa que no haya asuntos que deban examinarse a la luz de estos diez años de experiencia. Sin embargo, ninguno de estos asuntos ha cuestionado la premisa central de este capítulo, a saber, *que los particulares pueden impugnar y exigir una indemnización cuando consideren que un gobierno faltó a sus obligaciones dentro del capítulo.*

Dentro de las observaciones que se pueden hacer a los resultados del capítulo XI es que este mecanismo ha demostrado tener un efecto disuasorio indirecto,

por lo que se han llegado a resolver algunos conflictos antes de que éstos lleguen a la etapa final del proceso de los tribunales arbitrales. Como ejemplos está que en el caso Ethyl, Canadá prefirió pagar para concluir la disputa y revocar la medida, antes de arriesgarse a perder ante un tribunal arbitral del TLCAN. Asimismo, una evidencia del efecto disuasorio del mecanismo es el hecho de que los gobiernos locales y federales de las partes consideren como un factor muy importante para la toma de decisiones el peligro de que, al adoptar medidas que involucran a inversionistas de los países miembros del Tratado o a sus inversiones, se viole alguna disposición del TLCAN en materia de inversión, y el afectado recurre al mecanismo de arbitraje del mismo. Y en lo que respecta a sus decisiones relativas a inversionistas extranjeros, el gobierno mexicano, tanto en el ámbito federal como en el local, trata de considerar la posibilidad de no incurrir en una violación de las disposiciones del Tratado en materia de inversión que conduzca al arbitraje.

En suma, el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN es un instrumento eficaz para resolver las disputas sobre inversiones, porque su diseño institucional impide que haya un desequilibrio de poderes, al ofrecer a los inversionistas privados una vía de recurso directa y basada en reglas, y porque el arbitraje entre las partes pública y privada toma elementos de distintas tradiciones legales y brinda reglas que rebasan el interés último de las partes en disputa.

Un primer elemento que debe tenerse en cuenta en una evaluación del desempeño del mecanismo de resolución de disputas del capítulo XI es el monto y sumas implicadas en las reclamaciones de los casos de dicho capítulo. Algunos críticos han expresado su preocupación ante las grandes sumas que representan las indemnizaciones que se solicitan en los casos iniciados hasta ahora. De los 23 casos que se han presentado, entre inversionistas de los tres países, las indemnizaciones demandadas han ascendido al total de más de tres mil quinientos millones de dólares.

Sin embargo, de los cuatro fallos a favor del inversionista demandante que han dictado los tribunales arbitrales, sólo en tres de los casos se fijó el importe de la indemnización. Como ejemplo tenemos al Tribunal de Arbitraje del caso Metalclad que otorgó al demandante una indemnización de 16.7 millones de dólares, incluidos los intereses, cantidad que equivale a un 13% del importe que demandaba la empresa. Por otra parte, en el caso de CEMSA, el Tribunal concedió a la empresa 1.7 millones de dólares por concepto de daños e intereses, lo que constituía sólo el 17% de la cantidad reclamada por CEMSA.

Es cierto que el total de las sumas demandadas en estos casos asciende a más de tres mil quinientos millones de dólares, pero incluso si la mitad de los casos se resolvieran a favor de los demandantes y las sumas otorgadas representaran más o menos 20% de las indemnizaciones demandadas, estaríamos hablando de alrededor de 700 millones de dólares. Esta cantidad no equivale siquiera a 0.5% del monto total estimado de inversión extranjera que ha llegado únicamente a México desde la entrada en vigor del TLCAN. El gobierno mexicano estima que en el año 2000 los inversionistas estadounidenses y canadienses tenían participaciones en cuando menos 12,557² empresas en México. De entre todas esas empresas, un grupo muy reducido (menor a diez) han sido las que han entablado demandas contra México ante un tribunal arbitral del TLCAN en materia de inversión.

Hay un aspecto interesante que ha sido objeto de discusión dentro del marco de este mecanismo de resolución de controversias. Esto es la cuestión del carácter secreto de los casos. Existen varios grupos que han criticado el procedimiento de resolución de disputas en materia de inversión del TLCAN en virtud del modo secreto y poco transparente con el que, en su opinión, se han manejado hasta ahora los casos. Esta crítica significa que los paneles de arbitraje del TLCAN

² Datos obtenidos de la Secretaría de Economía. Dirección General de Inversiones y pueden ser consultados en la página de la Secretaría de Economía en: <http://www.economia.gob.mx>

pueden decidir a puerta cerrada, sin la participación o críticas de la opinión pública.

Sin embargo, en ninguna parte de la elaboración institucional del sistema de arbitraje en materia de inversión del TLCAN está previsto que así sea. A dos paneles les ha tocado examinar el tema de la confidencialidad. El panel del caso Metalclad determinó que no había nada ni en el TLCAN ni en las reglas del CIADI que impidiera a las partes en disputa litigar de manera pública el caso o proporcionar información de acuerdo con la legislación correspondiente. Como lo señaló el tribunal, la única restricción atañía a la publicación de las minutas de los procesos del tribunal. Este requisito pretendía ofrecer un ambiente apropiado para la conducción del arbitraje.

Por otra parte, es importante reconocer que las críticas relativas a la falta de transparencia efectivamente produjeron una reacción por parte de los gobiernos miembros del TLCAN, los cuales decidieron emitir una nota explicativa en la que se abordaba de manera directa esa cuestión. Si bien no existe disposición alguna en el TLCAN que impida a los signatarios poner a disposición del público los documentos relacionados con las disputas presentadas ante el capítulo 11, y que cada uno de los países convenga en ello, se autoriza a que toda información empresarial privilegiada o confidencial se retire de los documentos que vayan a hacerse públicos.

No obstante, es importante remarcar que considero no existe una razón de peso por la cual el mecanismo de solución de disputas entre inversionistas y Estados no pueda estar abierto al escrutinio público y a la rendición de cuentas, en particular dado que puede darse el caso de que se presenten a litigio, asuntos de interés público. No hay que olvidar que la transparencia es una demanda cada vez más importante en los tres países que conforman la región del TLCAN y puede coadyuvar en forma importante tanto a la mejor comprensión pública del procedimiento como a la calidad de las actuaciones de las decisiones arbitrales.

Algunos de los asuntos que habrían de tratarse serían: cómo y en qué medida deben darse a conocer los documentos a la opinión pública; quién está facultado para asistir a los juicios; quién está facultado para intervenir ante el tribunal arbitral, etc. Una manera en que podrían resolverse algunos de estos asuntos sería que las partes negociaran los procedimientos que habrían de emplearse para los casos relativos al capítulo 11, siguiendo el modelo del CIADI y de la CNUDMI, pero adaptados a los requerimientos específicos del capítulo 11. El hecho de que se sigan tres procedimientos de arbitraje distintos – el del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI y el de la CNUDMI – hace aún más confuso para la opinión pública el funcionamiento del capítulo 11.

Por otra parte, uno de los temas que hay que resaltar más es el referente a la pertinencia de un sistema de apelación o revisión de los laudos arbitrales. Cabe señalar que, como está estructurado el mecanismo no existe esa posibilidad a corto plazo. Si bien las Reglas de arbitraje del CIADI contemplan procedimientos de interpretación, revisión y nulidad de laudos, esta posibilidad está sujeta a la adopción por parte de Canadá y/o México de la Convención. Un primer paso podría ser dicha adopción para propósitos del TLCAN. Debe resaltarse que inclusive si se tomara este paso, la opción de someter la disputa a las reglas de arbitraje del CIADI, al mecanismo de la CNUDMI, seguiría recayendo en el inversionista demandante. Sin embargo, abrir dicha posibilidad podría ser valiosa no sólo por el procedimiento de interpretación, revisión y nulidad mencionados, sino porque las reglas de arbitraje del CIADI constituyen un sistema más acabado y completo.

Una limitación más que debe reconocerse en el sistema de revisión y nulidad bajo las reglas de arbitraje del CIADI es que remite, en el caso de interpretación y revisión, en principio, al mismo tribunal que escuchó la controversia, y en el caso de nulidad, a otro tribunal *ad hoc*.

No obstante, creo importante realizar una contribución para poner a discusión, sobre todo a la luz de la experiencia del mecanismo de solución de controversias de la OMC, que incluye un órgano de apelación permanente. Al momento de negociar la Convención del CIADI existían pocos precedentes de tribunales internacionales permanentes, y la opción más recurrida en el plano internacional había sido la constitución de procedimientos arbitrales *ad hoc*. Hoy, la situación es diferente, y ello podría ameritar mayor discusión de esta posibilidad, si bien no enfocada necesariamente hacia el TLCAN, sí utilizando esa experiencia para discutirse en el contexto del CIADI. Ello podría contribuir al fortalecimiento del papel que juegan las reglas y el proceso en el ámbito de la inversión privada internacional. Para ello se podría pensar en la formación de un panel permanente en el CIADI.

Para finalizar debemos retomar el impacto que ha tenido hasta este momento, en materia de inversión extranjera directa, la vigencia del TLCAN y su mecanismo de solución de controversias. Hay que recordar que durante la mayor parte del siglo XX, la piedra angular de las normas mexicanas en materia de inversión extranjera fue la Doctrina Calvo, la cual estipulaba que los inversionistas extranjeros quedaban sujetos a las leyes nacionales y que, por tanto, las disputas sólo podían resolverse en los tribunales mexicanos.

Así, antes del TLCAN las empresas extranjeras tenían pocas posibilidades de defender sus derechos frente al gobierno mexicano por otras vías que no fueran los tribunales nacionales. Ahora bien, mientras que éstos se habían mostrado dispuestos a aplicar los fallos arbitrales extranjeros en las disputas entre particulares, el gobierno mexicano, debido a su visión nacionalista y a su preocupación de proteger la soberanía del país³ siempre se rehusó a aceptar

³ Dos factores que pueden explicar la actitud nacionalista en las reglas aplicadas a la inversión extranjera directa y el interés de proteger la soberanía del país a partir de la segunda mitad del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, y a saber son: las constantes intervenciones extranjeras y el papel prominente que desempeñó el capital extranjero en los gobiernos de Porfirio Díaz.

los procedimientos de arbitraje comercial internacional en sus disputas con inversionistas privados.

Es así que en materia de inversiones, Estados Unidos había tenido con sus socios al sur y norte un largo historial de conflictos derivados de acciones de Canadá y México en contra de sus inversionistas, por lo que en el TLCAN, Estados Unidos consideraron de importancia estratégica alcanzar un régimen de inversiones en el Tratado que eliminara la mayoría de restricciones que establecían las legislaciones mexicanas y canadienses a las mismas y que asegurara la mayor protección posible a sus inversionistas.

Los inversionistas o potenciales inversionistas estadounidenses a su vez estuvieron dispuestos a apoyar el tratado en la medida que las distintas disposiciones creadas para proteger sus intereses pudieran cumplirse mediante un mecanismo de resolución de disputas efectivo, el cual ellos pudieran activar directamente. Para los inversionistas estadounidenses sólo un régimen de este tipo propiciaría la creación de un ambiente favorable a la planeación de sus empresas a nivel regional y alcanzar el tan buscado mercado integrado. Ante esta demanda estadounidense tanto Canadá como México reaccionaron de manera positiva, pues la atracción de mayores corrientes de inversión extranjera directa precisamente uno de los grandes objetivos que tuvieron ambos países para negociar el TLCAN y en el caso de México uno de los más importantes propósitos de las reformas económicas emprendidas por el gobierno en la década de los ochenta.

Por tales motivos, el mecanismo para la solución de disputas entre inversionistas y gobiernos del TLCAN marcó un hito y se le consideró en su momento, en general, como uno de los recursos más importantes de que disponía el gobierno mexicano para brindar al inversionista un entorno atractivo para invertir y aumentar los ingresos del país en ese rubro.

A lo largo de los últimos diez años de vigencia del Tratado, los flujos de las inversiones provenientes de la región de América del Norte han sido cambiantes, sin embargo desde 1994 hasta la fecha no ha habido un aumento significativo mas que en el año 2001, como se puede observar en la siguiente tabla.⁴

INVERSIÓN DE AMÉRICA DEL NORTE EN MÉXICO

(Miles de dólares)

Año	Inversión América del Norte	Total Inversión Extranjera Directa	Participación Inversión América del Norte
1994	5,721,579.7	10,659,417.4	53.7
1995	5,656,087.1	8,338,601.8	67.8
1996	5,730,323.8	7,747,639.6	74.0
1997	7,730,955.3	12,197,026.9	63.4
1998	5,612,274.8	8,303,509.8	67.6
1999	7,687,187.3	13,189,742.0	58.3
2000	12,590,732.2	16,597,737.8	75.9
2001	21,543,859.0	26,843,231.1	80.3
2002	9,565,744.0	14,671,647.5	65.2
2003	5,919,394.5	10,376,348.4	57.0
2004 ⁵	3,212,765.0	9,571,050.5	33.6

Así tenemos que, hoy día que el mecanismo del capítulo XI no es ni ha sido suficiente para que los inversionistas norteamericanos y canadienses inviertan de manera significativa en nuestro país, ya que podemos observar que en diez años de vigencia del TLCAN la inversión extranjera directa no ha aumentado. Sin embargo, debemos tener presente que el mecanismo previsto en el capítulo XI por sí solo no puede atraer inversiones, existen otros factores que son necesarios para que los inversionistas extranjeros traigan su capital.

Para finalizar quisiera puntualizar que a lo largo del trabajo pudimos observar que el arbitraje previsto en el capítulo XI del TLCAN para resolver disputas entre inversionistas y Estados ha resultado ser un mecanismo eficaz de solución de

⁴ Todos los datos fueron obtenidos de la Secretaría de Economía. Dirección General de Inversiones y pueden ser consultados en la página de la Secretaría de Economía en: <http://www.economia.gob.mx>

⁵ Al 30 de junio del 2004

controversias. Los inversionistas que han considerado que sus derechos han sido violados al amparo del capítulo XI del TLCAN han recurrido al mecanismo previsto en éste para solucionar su problema. No obstante la eficacia del mecanismo, hay asuntos que necesitan ser estudiados como es el caso de la transparencia y de un posible sistema de apelación, lo que podría hacer a este mecanismo un poco más justo para ambas partes.

Anexo. Capítulo XI del TLCAN

QUINTA PARTE INVERSION, SERVICIOS Y ASUNTOS RELACIONADOS¹ **Capítulo XI Inversión** **Sección A - Inversión**

Artículo 1101. Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - (a) los inversionistas de otra Parte;
 - (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte;
 - y
 - (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.
2. Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades.
3. Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, "Servicios financieros".
4. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo.

Artículo 1102. Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable
 1. que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
 2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
 3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un
 4. Estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.
 5. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:
 - (a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o
 - (b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento,

¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario Oficial de la Federación*, Lunes 20 de diciembre de 1993.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

Artículo 1104. Nivel de trato

Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103.

Artículo 1105. Nivel mínimo de trato

1. Cada 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, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.
3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).

Artículo 1106. Requisitos de desempeño

1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:
 - (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
 - (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
 - (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
 - (e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
 - (f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o
 - (g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.
2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1 f). Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.
3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un

inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- (a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;
 - (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
 - (d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.
4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.
 5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.
 6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:
 - (a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
 - (b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
 - (c) la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

Artículo 1107. Altos ejecutivos y consejos de administración

1. Ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
2. Una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa de esa Parte que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

Artículo 1108. Reservas y excepciones

1. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplicarán a:
 - a. cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por:
 - b. una Parte a nivel federal, como se estipula en su lista del Anexo I o III;
 - c. un estado o provincia, durante dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y, en adelante, como se estipula por cada una de las Partes en su lista del Anexo I, de conformidad con el párrafo 2; o
 - d. un gobierno local;
 - e. la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso a); o
 - f. la reforma de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a) siempre que dicha reforma no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor antes de la reforma, con los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107.
2. Cada una de las Partes tendrá dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para indicar en su lista del Anexo I cualquier medida disconforme que, no incluyendo a los gobiernos locales, mantenga un gobierno estatal o provincial.

3. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplicarán a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo II.
4. Ninguna de las Partes podrá exigir, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la entrada en vigor de este Tratado y comprendida en una lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.
5. Los Artículos 1102 y 1103 no se aplican a cualquier medida que constituya una excepción o derogación a las obligaciones según el Artículo 1703, "Propiedad intelectual - Trato nacional", como expresamente se señala en ese artículo.
6. El Artículo 1103 no es aplicable al trato otorgado por una de las Partes de conformidad con los tratados, o con respecto a los sectores, estipulados en su lista del Anexo IV.
7. Los Artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a:
 - a. las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; o
 - b. subsidios o aportaciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros respaldados por el gobierno, otorgados por una Parte o por una empresa del Estado.
8. Las disposiciones contenidas en:
 - a. Los párrafos 1 (a), (b) y (c), y 3 (a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos para calificación de los bienes y servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa;
 - b. Los párrafos 1 (b), (c), (f) y (g), y 3(a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a las compras realizadas por una Parte o por una empresa del estado; y
 - c. Los párrafos 3 (a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora a los bienes que, en virtud de su contenido, califiquen para aranceles o cuotas preferenciales.

Artículo 1109. Transferencias

1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:
 - (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
 - (b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
 - (c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
 - (d) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y
 - (e) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.
2. En lo referente a las transacciones al contado (spot) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.
3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.
4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:
 - (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
 - (b) emisión, comercio y operaciones de valores;
 - (c) infracciones penales;
 - (d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
 - (e) garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

5. El párrafo 3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos (a) a (e) del párrafo 4.
6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 4.

Artículo 1110. Expropiación e indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:
 - (a) por causa de utilidad pública;
 - (b) sobre bases no discriminatorias;
 - (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
 - (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.
2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.
4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.
5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.
6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.
7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".
8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

Artículo 1111. Formalidades especiales y requisitos de información

1. Nada de lo dispuesto en el Artículo 1102 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales conexas al establecimiento de inversiones por inversionistas de otra Parte, tales como el requisito de que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la Parte, siempre que dichas formalidades no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a inversionistas de otra Parte y a inversiones de inversionistas de otra Parte de conformidad con este capítulo.

2. No obstante lo dispuesto en los Artículos 1102 y 1103, una Parte podrá exigir de un inversionista de otra Parte o de su inversión, en su territorio, que proporcione información rutinaria referente a esa inversión, exclusivamente con fines de información o estadística. La Parte protegerá de cualquier divulgación la información que sea confidencial, que pudiera afectar negativamente la situación competitiva de la inversión o del inversionista. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.

Artículo 1112. Relación con otros capítulos

1. En caso de incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad.
2. Si una Parte requiere a un prestador de servicios de otra Parte que deposite una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para prestar un servicio en su territorio; ello, por sí mismo no hace aplicable este capítulo a la prestación transfronteriza de ese servicio. Este capítulo se aplica al trato que otorgue esa Parte a la fianza depositada o garantía financiera.

Artículo 1113. Denegación de beneficios

1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no es Parte y:
 - (a) la Parte que deniegue los beneficios no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o
 - (b) la Parte que deniegue los beneficios adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.
2. De conformidad con los Artículos 1803, "Notificación y suministro de información", y 2006, "Consultas" y previa notificación y consulta, una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, si inversionistas de un país que no sea Parte son propietarios o controlan la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada.

Artículo 1114. Medidas relativas a medio ambiente

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.
2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Sección B Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte

Artículo 1115. Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Artículo 1116. Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - (a) La Sección A o el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o
 - (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.
3. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

Artículo 1117. Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - (a) La Sección A o el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o
 - (b) El Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.
2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.
3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.
4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

Artículo 1118. Solución de una reclamación mediante consulta y negociación

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.

Artículo 1119. Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje.

El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

- (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;
- (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Artículo 1120. Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
 - (a) el Convenio del 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; o
 - (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Artículo 1121. Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:
 - a. consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
 - b. el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.
2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:
 - a. consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
 - b. renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.
3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.
4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa:
 - a. No se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y

- b. No será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:
 - (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
 - (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
 - (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

Artículo 1123. Número de árbitros y método de nombramiento

Con excepción de lo que se refiere al tribunal establecido conforme al Artículo 1126, y a menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a uno. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las Partes contendientes.

Artículo 1124. Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral

1. El Secretario General nombrará a los árbitros en los procedimientos de arbitraje, de conformidad con esta sección.
2. Cuando un tribunal, que no sea el establecido de conformidad con el Artículo 1126, no se integre en un plazo de noventa días a partir de la fecha en que la reclamación se someta al arbitraje, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará, a su discreción, al árbitro o árbitros no designados todavía, pero no al presidente del tribunal quién será designado conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.
3. El Secretario General designará al presidente del tribunal de entre los árbitros de la lista a la que se refiere el párrafo 4, asegurándose que el presidente del tribunal no sea nacional de la Parte contendiente o nacional de la Parte del inversionista contendiente. En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, del panel de árbitros del CIADI, al Presidente del tribunal arbitral, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de cualquiera de las Partes.
4. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán y mantendrán una lista de 45 árbitros como posibles presidentes de tribunal arbitral, que reúnan las cualidades establecidas en el Convenio y en las reglas contempladas en el Artículo 1120 y que cuenten con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión. Los miembros de la lista serán designados por consenso y sin importar su nacionalidad.

Artículo 1125. Consentimiento para la designación de árbitros

Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario, y sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el Artículo 1124(3) o sobre base distinta a la nacionalidad:

- (a) la Parte contendiente acepta la designación de cada uno de los miembros de un tribunal establecido de conformidad con el Convenio del CIADI o con las Reglas del Mecanismo Complementario;
- (b) un inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1116, podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio del CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a

condición de que el inversionista contendiente manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal; y

- (c) el inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1117(1) podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que el inversionista contendiente y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

Artículo 1126. Acumulación de procedimientos

1. Un tribunal establecido conforme a este artículo se instalará con apego a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y procederá de conformidad con lo contemplado en dichas Reglas, salvo lo que disponga esta sección.
2. Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el Artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las Partes contendientes, podrá ordenar que:
 - (a) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta; o
 - (b) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras.
3. Una parte contendiente que pretenda se determine la acumulación en los términos del párrafo 2, solicitará al Secretario General que instale un tribunal y especificará en su solicitud:
 - (a) el nombre de la Parte contendiente o de los inversionistas contendientes contra los cuales se pretenda obtener la orden de acumulación;
 - (b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitada; y
 - (c) el fundamento en que se apoya la solicitud.
4. Una parte contendiente entregará copia de su solicitud a la otra Parte contendiente o a los inversionistas contendientes contra quienes se pretende obtener la orden de acumulación.
5. En un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud, el Secretario General instalará un tribunal integrado por tres árbitros. El Secretario General nombrará al Presidente del tribunal de la lista de árbitros a la que se refiere el Artículo 1124(4). En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, de la lista de árbitros del CIADI, al presidente del tribunal quien no será nacional de ninguna de las Partes. El Secretario General designará a los otros dos integrantes del tribunal de la lista a la que se refiere el Artículo 1124(4) y, cuando no estén disponibles en dicha lista, los seleccionará de la lista de árbitros del CIADI; de no haber disponibilidad de árbitros en esta lista, el Secretario General hará discrecionalmente los nombramientos faltantes. Uno de los miembros será nacional de la Parte contendiente y el otro miembro del tribunal será nacional de una Parte de los inversionistas contendientes.
6. Cuando se haya establecido un tribunal conforme a este artículo, el inversionista contendiente que haya sometido una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 1116 ó 1117 y no haya sido mencionado en la solicitud de acumulación hecha de acuerdo con el párrafo 3, podrá solicitar por escrito al tribunal que se le incluya en una orden formulada de acuerdo con el párrafo 2, y especificará en dicha solicitud:
 - (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente;
 - (b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitado; y
 - (c) los fundamentos en que se apoya la solicitud.
7. Un inversionista contendiente al que se refiere el párrafo 6, entregará copia de su solicitud a las partes contendientes señaladas en una solicitud hecha conforme al párrafo 3.
8. Un tribunal establecido conforme al Artículo 1120 no tendrá jurisdicción para resolver una reclamación, o parte de ella, respecto de la cual haya asumido jurisdicción un tribunal establecido conforme a este artículo.

9. A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con este artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 2, disponer que los procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo al Artículo 1120 se aplacen, a menos que ese último tribunal haya suspendido sus procedimientos.
10. Una Parte contendiente entregará al Secretariado en un plazo de 15 días a partir de la fecha en que se reciba por la Parte contendiente:
 - (a) una solicitud de arbitraje hecha conforme al párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI;
 - (b) una notificación de arbitraje en los términos del Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del
1. Mecanismo Complementario del CIADI; o
 - (c) una notificación de arbitraje en los términos previstos por las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
11. Una Parte contendiente entregará al Secretariado copia de la solicitud formulada en los términos del párrafo 3:
 - (a) en un plazo de 15 días a partir de la recepción de la solicitud, en el caso de una petición hecha por el inversionista contendiente;
 - (b) en un plazo de 15 días a partir de la fecha de la solicitud, en el caso de una petición hecha por la Parte contendiente.
12. Una Parte contendiente entregará al Secretariado, copia de una solicitud formulada en los términos del párrafo 6 en un plazo de 15 días a partir de la fecha de recepción de la solicitud.
13. El Secretariado conservará un registro público de los documentos a los que se refieren los párrafos 10, 11 y 12.

Artículo 1127. Notificación

La Parte contendiente entregará a las otras Partes:

- (a) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y
- (b) copias de todos los escritos presentados en el procedimiento arbitral.

Artículo 1128. Participación de una Parte

Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado.

Artículo 1129. Documentación

1. Una Parte tendrá, a su costa, derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de:
 - (a) las pruebas ofrecidas al tribunal; y
 - (b) los argumentos escritos presentados por las partes contendientes.
2. Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente.

Artículo 1130. Sede del procedimiento arbitral

Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral en territorio de una Parte que sea parte en la Convención de Nueva York, el cual será elegido de conformidad con:

- (a) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, si el arbitraje se rige por esas reglas o por el Convenio del CIADI; o
- (b) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, si el arbitraje se rige por esas reglas.

Artículo 1131. Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.
2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

Artículo 1132. Interpretación de los anexos

1. Cuando una de las Partes alegue como defensa que una medida presuntamente violatoria cae en el ámbito de una reserva o excepción consignada en el Anexo I, Anexo II, Anexo III, o Anexo IV a petición de la Parte contendiente, el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre ese asunto. La Comisión, en un plazo de 60 días a partir de la entrega de la solicitud, presentará por escrito al tribunal su interpretación.
2. En seguimiento al Artículo 1131(2), la interpretación de la Comisión sometida conforme al párrafo 1 será obligatoria para el tribunal. Si la Comisión no somete una interpretación dentro de un plazo de 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

Artículo 1133. Dictámenes de expertos

Sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el tribunal, a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un procedimiento, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

Artículo 1134. Medidas provisionales de protección

Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación.

Artículo 1135. Laudo definitivo

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:
 - (a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes;
 - (b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

2. De conformidad con en el párrafo 1, cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117(1):
 - (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad, dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;
 - (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses correspondientes, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y
 - (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicte sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.
3. Un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo.

Artículo 1136. Definitividad y ejecución del laudo

1. El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 y al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional, una parte contendiente acatará y cumplirá con el laudo sin demora.
3. Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo en tanto:
 - (a) en el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Convenio del CIADI:

- (i) no hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o
- (ii) no hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación; y
- (b) en el caso de un laudo definitivo conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI:
 - (i) hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, desecharlo o anularlo; o
 - (ii) un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, desechamiento o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.
- 4. Cada una de las Partes dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.
- 5. Cuando una Parte contendiente incumpla o no acate un laudo definitivo, la Comisión, a la entrega de una solicitud de una Parte cuyo inversionista fue parte en el procedimiento de arbitraje, integrará un panel conforme al Artículo 2008, "Solicitud de integración de un panel arbitral". La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para:
 - (a) una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y
 - (b) una recomendación en el sentido de que la Parte cumpla y acate el laudo definitivo.
- 6. El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos contemplados en el párrafo 5.
- 7. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial.

Artículo 1137. Disposiciones generales

Momento en que la reclamación se considera sometida al procedimiento arbitral

1. Una reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta sección cuando:
 - (a) la solicitud para un arbitraje conforme al párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI ha sido recibida por el Secretario General;
 - (b) la notificación de arbitraje de conformidad con el Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI ha sido recibida por el Secretario General; o
 - (c) la notificación de arbitraje contemplada en las Reglas de Arbitraje de CNUDMI se ha recibido por la Parte contendiente.

Entrega de documentos

2. La entrega de la notificación y otros documentos a una Parte se hará en el lugar designado por ella en el Anexo 1137.2.

Pagos conforme a contratos de seguro o garantía

3. En un procedimiento arbitral conforme a lo previsto en esta sección, una Parte no aducirá como defensa, contrademanda, derecho de compensación, u otros, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá, de acuerdo a un contrato de seguro o garantía, indemnización u otra compensación por todos o por parte de los presuntos daños.

Publicación de laudos

4. El anexo 1137.4 se aplica a las Partes señaladas en ese anexo en lo referente a la publicación de laudos.

Artículo 1138. Exclusiones

1. Sin perjuicio de la aplicación o no aplicación de las disposiciones de solución de controversias de esta sección o del Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y

- procedimientos para la solución de controversias", a otras acciones acordadas por una Parte de conformidad con el Artículo 2102, "Seguridad nacional", la resolución de una Parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de otra Parte o su inversión, de acuerdo con aquel artículo, no estará sujeta a dichas disposiciones.
2. Las disposiciones de solución de controversias de esta sección y las del Capítulo XX no se aplicarán a las cuestiones a que se refiere el Anexo 1138.2.

Sección C - Definiciones

Artículo 1139. Definiciones

Para efectos de este capítulo:

Acciones de capital u obligaciones incluyen acciones con o sin derecho a voto, bonos o instrumentos de deuda convertibles, opciones sobre acciones y garantías;

CIADI significa el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones;

Convenio del CIADI significa el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965;

Convención Interamericana significa la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975;

Convención de Nueva York significa la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York, el 10 de junio de 1958;

Empresa significa una "empresa" tal como se define en el Artículo 201, "Definiciones de aplicación general", y las sucursales de esa empresa;

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

Inversión significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (1) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (2) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (1) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (2) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (1) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o

(2) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; pero inversión no significa:

(1) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

- (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - (2) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
- (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);

Inversión de un inversionista de una Parte significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte;

Inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;

Inversión de un país que no es Parte significa un inversionista que no es inversionista de una Parte, que realiza, pretende realizar o ha realizado una inversión;

Inversionista contendiente significa un inversionista que formula una reclamación en los términos de la sección B;

Moneda del Grupo de los Siete significa la moneda de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte;

Parte contendiente significa la Parte contra la cual se hace una reclamación en los términos de la Sección B;

Parte contendiente significa el inversionista contendiente o la Parte contendiente;

Partes contendientes significa el inversionista contendiente y la Parte contendiente;

Reglas de Arbitraje de CNUDMI significa las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976;

Secretario General significa el Secretario General del CIADI;

Transferencias significa transferencias y pagos internacionales; y

Tribunal significa un tribunal arbitral establecido conforme al Artículo 1120 o al 1126.

Anexo 1120.1

Sometimiento de la reclamación al arbitraje

México

Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje:

- (k) un inversionista de otra Parte no podrá alegar que México ha violado una obligación establecida en:
 - (i) La Sección A o en el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o
 - (ii) el Artículo 1502(3)(a), "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano; y
- (l) cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otra Parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en:
 - (i) La Sección A o el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o
 - (ii) El Artículo 1502(3)(a), "Monopolios y empresas del Estado"; cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección.

Anexo 1137.2

Entrega de documentos a una Parte de conformidad con la Sección B

Cada una de las Partes señalará en este anexo y publicará en su diario oficial a más tardar el 1º de enero de 1994 el lugar para la entrega de notificaciones y otros documentos.

Anexo 1137.4

Publicación de laudos

Canadá

Cuando Canadá sea la Parte contendiente, ya sea Canadá o un inversionista contendiente en el procedimiento de arbitraje podrá hacer público un laudo.

México

Cuando México sea la Parte contendiente, las reglas de procedimiento correspondientes se aplicarán con respecto a la publicación de un laudo.

Estados Unidos

Cuando Estados Unidos sea la Parte contendiente, ya sea Estados Unidos o un inversionista contendiente en el procedimiento de arbitraje podrá hacer público un laudo.

Anexo 1138.2

Exclusiones de las disposiciones de solución de controversias

Canadá

Las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección B del Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", no se aplicarán a una decisión de Canadá que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de la Investment Canada Act, relativa a si debe permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.

México

Las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección B del Capítulo XX, no se aplicarán a una decisión de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones del Anexo I, página I-M-4, relativa a si debe o no permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.

BIBLIOGRAFÍA

ARTUCH IRIBERRI, Elena. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Ed. Eurolex, Madrid, 1997.

BALASSA, Bela A. *The theory of economic integration*. Editorial Richard D. Irwin, Estados Unidos, 1976.

BARRERA GRAF, Jorge. *Derecho mercantil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1991.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*. Textos Universitarios. Departamento de Derecho - Editorial Limusa, México, 1988.

BUZO DE LA PEÑA, Ricardo Marcos. *La integración de México al mercado de América del Norte*. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1997.

CALVA, José Luis. *Globalización y bloques económicos, realidades y mitos*. Universidad Autónoma de Puebla – Universidad de Guadalajara – Pablos Editor, México, 1995.

CASTEL, Francisco y PIMENTEL, Jorge. *Solución de diferencias en el marco internacional*. 3ª edición, COLMEX, México, 1998.

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL UNCTAD/OMC – CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO. *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*. Editorial Themis, México, 2003.

CONTRERAS VACA, Francisco José. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Editorial Oxford, México, 1998.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*. Editorial Mc GrawHill, México, 1997.

DÍAZ, Luis Miguel. *Arbitraje: privatización de la justicia*. 2ª edición, Editorial Themis, México, 1998.

DRISCOLL, Bárbara y GAMBRILL, Mónica. *El Tratado de Libre Comercio: entre el viejo y el nuevo orden*. CISEUA – UNAM, México 1992.

GARRONE, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo Pierrot*. Editorial Abeledo Pierrot, Buenos Aires, 1985.

GIRÓN, Alicia, ORTIZ, Edgar y CORREA, Eugenia. *Integración financiera y TLC, retos y perspectivas*. IIE – UNAM – Siglo XXI, México, 1995.

GLOBERMAN, Steven y WALKER, Michael. *El TLC, un enfoque trinacional*. Editorial FCE, México, 1994.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique. *El arbitraje comercial*. Editorial Themis, México, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS – UNAM. *Diccionario jurídico mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1985.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS – UNAM. *Enciclopedia jurídica mexicana*. Tomos I - IX, Editorial Porrúa, México, 2002.

KAPLAN, Marcos, MANRIQUE, Irma (coords.). *Regulación de flujos financieros internacionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, México, 2000.

KENWOOD, A. G. y LOUGHEED, A. L. *Historia del desarrollo económico internacional*, Editorial ISTMO, España, 1972.

KESSEL, Georgina (comp.). *Lo negociado del TLC*. ITAM – McGrawHill, México, 1993.

LEÓN, José Luis (coord.). *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.

MARTÍNEZ PEINADO, Javier, et. al. *Economía mundial*. Editorial McGrawHill Interamericana, Madrid, 1995.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. 5ª edición, Editorial Oxford, México, 1997.

PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto. *Derecho de la economía internacional*. Editorial Porrúa, México, 1998.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado. Parte general*. 7ª edición, Oxford University Press, México, 2000.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge. *Derecho internacional privado. Parte especial*. Oxford University Press. México, 2000.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ – VALADEZ, Carlos. *México ante el arbitraje comercial internacional*. Editorial Porrúa, México, 1999.

SANTOS BELANDRO, Rubén B. *Arbitraje comercial Internacional*. 3ª edición, Editorial Oxford, México, 2000.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Derecho internacional público.*, Editorial Porrúa, México, 2001.

SERRA PUCHE, JAIME (coord.). *Hacia un Tratado de Libre Comercio en América*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Poreznieto Editores, México, 1994.

SIQUEIROS, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. Editorial Porrúa – Escuela Libre de Derecho, México, 1992.

TAMAMES, Ramón. *Estructura económica internacional*. Ed. Alianza, Madrid, 1993.

URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. *El arbitraje en México*. Oxford, México, 2000.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 5ª edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1982.

VINER, Jacob. *The customs Union issue*. Ed. Carnegie Endowment for International Peace, Estados Unidos, 1950.

WITKER V., Jorge. *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. UNAM, México, 1994.

WITKER V. Jorge y JARAMILLO, Gerardo. *Régimen jurídico del comercio exterior en México*. 2ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

WITKER V. Jorge. *Comercio exterior de México. Marco jurídico y operativo*. Editorial Mc Graw Hill, México, 1996.

Hemerografía

ADAME GODDARD, Jorge. “Las controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte” en *Revista de Derecho Privado*, Año 6, número 18, septiembre – diciembre 1995, México.

CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MÉXICO. *Boletín Informativo*. Año 2, No.3, mayo 2002, México.

CUADRA MORENO, Héctor. “Notas sobre el arbitraje comercial internacional y el TLCAN” en *IURISDICTIO*. Tercera época, Año VII, No. 1, septiembre, 1999, México.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Oscar. “El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México” en *Enciclopedia jurídica mexicana*, Editorial Porrúa - UNAM, 2002, México.

DÁVILA PÉREZ, Consuelo. “Algunos efectos del TLCAN en la política exterior de México y la relación bilateral México – Estados Unidos” en *Relaciones Internacionales*. Cuarta Época, No. 79, enero – abril 1999, México.

DHOOGHE, Lucien. “The North American Free Trade Agreement and the Environment: the lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States” en *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, issue 2, verano 2001, Estados Unidos .

DODGE, William. “Metalclad Corporation v. Mexico and Mexico v. Metalclad Corporation” en *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4, octubre 2001, Estados Unidos.

ESTIVILLO CASTRO, Fernando. “Medios alternativos de solución de controversias” en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 26, 1996, México.

FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A. “Sistema de solución de controversias en el ámbito del Mercosur” en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, diciembre 2001, Perú.

FLORES GARCÍA, FERNANDO. “Arbitraje, conciliación y amigable composición” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo XLV, números 201 – 202, mayo – agosto 1995, México.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. “Régimen de la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte” en *Revista de Derecho Privado*, Año 7, No. 19, enero – abril 1996, México.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “The Mexican experience with investment arbitration, a comment” en *The Journal of World Investment*, Vol. 3, No. 3, junio 2002.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios. “Los sistemas actuales de solución de diferendos en materia comercial internacional” en *Revista Mexicana de Derecho Público*, ITAM, número 3, abril 2002, México.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios. “Desafíos Actuales de solución de diferendos en materia Comercial Internacional” en *Revista Lex, Difusión y Análisis*, 3ª Época, Año III, número 21, marzo 1997, México.

LELEWER, Joanne K. “International Comercial Arbitration as Model for Resolving Treaty Disputes” en *Journal of International Law and Politics*, Vol. 12, número 2, invierno 1989, Estados Unidos.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco. “Evolución del mecanismo de solución de controversias de Comercio Internacional: del GATT a la Organización Mundial de Comercio” en *Revista Lex, Difusión y Análisis*. 3ª Época, Año III, número 21, marzo 1997, México.

MUÑOZ LÓPEZ, Aldo Saúl. “La participación de extranjeros en sociedades civiles o mercantiles propietarias de tierras en México: tratamiento de posibles controversias en el marco del TLCAN” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. III, 2003, México.

OBADIA, Eloïse. "ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues" en *Boletín del ICSID*, Vol. 18, No. 2, otoño 2001, Estados Unidos.

ORREGO VICUÑA, Francisco. "Arbitration in a New Internacional Alternative Dispute Resolution System" en *Boletín del ICSID*, Vol. 18, No. 2, otoño 2001, Estados Unidos.

ORTIZ AHLF, LORETA. "Mecanismos internacionales para la solución de controversias en materia de inversión extranjera" en *Revista Jurídica* (anuario), Universidad Iberoamericana, 1992, México.

PÉREZ MIRANDA, Rafael. "La solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio" en *Alegatos*, No. 30, mayo – agosto 1995, México.

PÉREZ MIRANDA, Rafael. "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la inversión extranjera" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 18, No. 18, 1994, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. "Una evaluación del TLCAN a cuatro años de entrar en vigor" en *Relaciones Internacionales*. Cuarta Época, No. 79, enero – abril 1999, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. "El comercio internacional de México: su contexto y algunas consecuencias" en *Relaciones Internacionales*, Nueva Época, Vol. XV, No. 63, julio – septiembre 1994, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el TLCAN en *Relaciones Internacionales*, Nueva Época, Vol. XV, No. 58, abril – junio 1993, México.

PRICE, Daniel. “An overview of the NAFTA investment chapter: substantive rules and investor – state dispute settlement” en *The International Lawyer*, Vol. 27, No. 3, fall 1993, E.U.A.

RAMÍREZ APÁEZ, Laura E. “El capítulo XIX del TLCAN: análisis de su aplicación entre México y Estados Unidos” en *Relaciones Internacionales*. Cuarta Época, No. 79, enero – abril 1999, México.

REZA, Germán A. de la. “Diversificación comercial y pertenencia a múltiples acuerdos comerciales: el caso de México” en *Comercio Exterior*, Vol. 52, No. 4, abril 2002, México.

SIQUEIROS, José Luis. “Medidas institucionales y procedimientos para la resolución de conflictos en el NAFTA” en *PEMEX Lex Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, No. 61 – 62, julio – agosto 1993, México.

SIQUEIROS, José Luis. “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria” en *Pauta*, año 99, número 29, 2000, México.

SIQUEIROS, José Luis. “Overview of Arbitration provisions between states and investors under NAFTA, other regional trade agreements and bilateral investment treaties” en *International Business Lawyer*, vol. 29, No. 6, junio 2001, E.UA.

SOLOWAY, Julie. “NAFTA’s chapter 11. The challenge of private party participation” en *Journal of International Arbitration*, Vol. 16, No.2, junio 1999, Suiza.

STEVENS, Margrete. “Arbitration and Investment Disputes – Are we heading in the right direction” en *Boletín del ICSID*, Vol. 19, No. 1, primavera 2002.

TRAKMAN, Leon. “Arbitrating investment disputes under the NAFTA” en *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, No. 4, agosto 2001, Suiza.

TREVIÑO, Julio. “El arbitraje comercial internacional: Un recurso para América Latina” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 12, Número 12, 1988, México.

URQUIDI, J. Enrique. “Mediación, solución a conflictos sin litigio” en *Centro de Resolución de Conflictos*, México, 1999.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos. “La solución de controversias comerciales en el derecho económico internacional. México ante el TLCAN y la OMC” en *Relaciones Internacionales*. Cuarta Época, No. 86, mayo – agosto 2001, México.

VON WOBESER, Klaus. “Arbitraje entre estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México” en *El Foro*, Undécima Época, Tomo XII, No. 2, 1999, México.

ZAMORA, Rodrigo. “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales” en *El Foro*, Undécima Época, Tomo XIII, No. 2, 2000, México.

Documentos

Tratado de Libre Comercio de América del Norte en *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 1993, México.

Laudo final de Robert Azinian vs. México. Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2 disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Robert_Azinian/Robert_Azinian.htm

Laudo final de Metalclad Corporation vs. México. Caso CIADI No. ARB (AF)/97/01 disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm

Laudo final de Waste Management Inc. I vs. México Caso CIADI No. ARB (AF)/98/02 disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Waste_Management/Waste_Management.htm

snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos/Mexico/Waste_Management/Waste_Management.htm

Laudo final de Waste Management Inc. II vs. México Caso CIADI No. ARB (AF)/00/03 disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos/Mexico/Waste_2_management/aste_2_management.htm

Laudo final Marvin Feldman Karpa vs. México Caso CIADI No. ARB (AF)/99/01 disponible en http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/constultoria/Casos/Mexico/Marvin/Marvin.htm

Internet

<http://www.adr.org>

<http://www.arbiter.wipo.int>

<http://arbitrajecanaco.com.mx>

<http://www.camex.com.mx>

<http://www.ciac-ciac.org>

<http://www.crcica.org.eg>

<http://www.economia-snci.gob.mx>

<http://www.iadb.org>

<http://www.iccwbo.org>

<http://www.intracen.org>

<http://www.jurist.org>

<http://www.lcia-arbitration.com>

<http://www.naftalaw.org>

<http://www.nafta-sec-alena.org>

<http://www.sice.oas.org>

<http://www.uncitral.org>

<http://www.worldbank.org/icsid>