

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES CON  
FUNDAMENTO EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL  
NORTE.

ASESOR: DR. RUPERTO PATIÑO MANFER

SUSTENTANTE: LIZBETH ADRIANA OLMOS PÉREZ



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

*Para Inés por tu eterno apoyo incondicional mamá,  
Para mi padre por todas las dudas fundadas y tu apoyo,  
Para maya lo mejor de mi vida y el motivo de mis sueños. Gracias!*

## AGRADECIMIENTOS

Nunca he caminado sola, afortunadamente fui bendecida por estar rodeada de muchas personas que me han apoyado moral, económica, y profesionalmente, a todas ellas les agradezco y si sus nombres no llegan a mencionarse en la presente de cualquier manera siempre van a ser parte de mis logros.

Antes que nada quiero agradecer de manera muy especial al Dr. Ruperto Patiño Manfer y al Dr. Juan Manuel Saldaña Pérez por la disponibilidad, por su entrega al trabajo, por que si no fuera por ustedes esta tesis no sería realidad, gracias.

Agradezco a mis tías Reyna, Beny, Mary Carmen y Silvia y a mis tíos Juan, Abraham y Teodoro porque ustedes son mi fundamento espiritual y mi ejemplo de lucha constante. A mis hermanos Hermyn, Bertha, Lore, Nando, Francisco y Cesar porque nunca han permitido que me rinda. A Fer por todo tu apoyo y comprensión, gracias.

También un agradecimiento especial a todas las amistades que a lo largo del camino me brindaron su apoyo incondicional, se desvelaron conmigo e incluso se desvelaron por mí, en especial a Javis.

# INDICE

## INTRODUCCIÓN

## TABLA DE ABREVIATURAS

<b>CAPÍTULO I. ANTECEDENTES</b> .....	<b>1</b>
1. Organización de las Naciones Unidas .....	<b>2</b>
1.1. Fondo Monetario Internacional .....	<b>7</b>
1.2. Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento .....	<b>9</b>
1.3. Organización Internacional de Comercio .....	<b>11</b>
2. Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade) .....	<b>13</b>
2.1. Principios del Comercio Internacional .....	<b>14</b>
2.1.1. Trato de la Nación más favorecida y Trato Nacional.....	<b>15</b>
2.1.1.1. Etapas del Proceso de Integración Económica.....	<b>16</b>
2.1.1.2. Cláusula de Habilitación .....	<b>20</b>
2.1.2. Las Tarifas o aranceles como únicos reguladores de los intercambios comerciales entre sus miembros .....	<b>21</b>
2.2. La solución de controversias en el GATT de 47 .....	<b>21</b>
3. Organización Mundial del Comercio .....	<b>22</b>
3.1. Los Acuerdos de la OMC .....	<b>24</b>
3.2. Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio .....	<b>25</b>
3.3. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias .....	<b>26</b>
3.3.1. Consultas .....	<b>28</b>
3.3.2. Buenos oficios, conciliación y mediación .....	<b>29</b>
3.3.3. Grupos Especiales .....	<b>29</b>
3.3.4. Apelación .....	<b>31</b>

3.3.5. Arbitraje .....	32
4. Sistema Interamericano .....	32
<b>CAPÍTULO II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.....</b>	<b>36</b>
1. Disposiciones constitucionales.....	38
2. Legislación interna aplicable.....	44
2.1. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.....	44
2.2. Ley sobre Celebración de Tratados.....	45
2.3. Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.....	48
2.4. Ley del Servicio Exterior Mexicano y Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores.....	50
3. Tesis jurisprudenciales sobre la jerarquía de los tratados internacionales.....	53
4. La Convención de Viena de 1969.....	59
5. La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.....	62
6. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos y Canadá.....	66
7. Tratados de Protección a la Inversión en México.....	73
<b>CAPÍTULO III. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.....</b>	<b>80</b>
1. Mecanismos de solución de controversias en el TLCAN.....	81
1.1. Capítulo XX. Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.....	82
1.2. Capítulo XIX. Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias.....	86
1.3. Procedimiento sobre servicios financieros del capítulo XIV.....	92
1.4. Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.....	92
1.5. Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.....	94
2. Solución de controversias en materia de inversión en el TLCAN.....	95
2.1. Principios y conceptos en materia de inversiones.....	96
2.1.1. Ámbito de aplicación del Capítulo XI del TLCAN.....	96
2.1.2. Principios de trato a los inversionistas e inversión de la	

región.....	98
2.1.3. Prohibición a los gobiernos de limitar la libertad de los inversionistas.....	101
2.1.4. Expropiación e indemnización.....	102
2.1.5. Otras disposiciones en el Capítulo XI apartado A del TLCAN.....	106
2.2. El capítulo XI apartado B del TLCAN.....	107
2.2.1. Sometimiento de reclamación al arbitraje.....	109
2.2.1.1. Reglas del Convenio de CIADI.....	110
2.2.1.2. Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.....	112
2.2.1.3. Reglas de CNUDMI.....	115
2.2.2. Condiciones previas al sometimiento de una demanda al procedimiento arbitral.....	116
2.2.3. Número de Árbitros y métodos de nombramiento.....	120
2.2.4. Consentimiento para la designación de árbitros.....	121
2.2.5. Acumulación de procedimientos, Participación de una Parte y Documentación.....	121
2.2.6. Derecho aplicable, sede del procedimiento arbitral, interpretación de los anexos de reservas y excepciones, medidas provisionales o cautelares, laudo definitivo y dictámenes de expertos.....	125
2.2.7. Definitividad y ejecución del laudo.....	127
2.2.8. Disposiciones Generales y Exclusiones.....	130

**CAPÍTULO IV. Casos con fundamento en el Capítulo XI Apartado B del TLCAN..... 132**

1. Robert Azinian y otros contra México, Caso: ARB(AF)/97/2.....	142
2. Metalclad Corporation contra México, Caso: ARB(AF)/97/01.....	145
3. Waste Management II contra México, Caso: ARB(AF)/00/3.....	149
4. CEMSA (EUA) Karpa et. Al. Contra México, Caso: Número ARB(AF)/99/1.....	152
5. Robert J. Frank contra México.....	157

6. Fireman's Fund Insurance Company contra México, Caso: ARB(AF)/02/1.....	158
7. GAMI Investment contra México, Caso ante UNCITRAL.....	161
8. International Thunderbird Gaming Corporation contra México.....	163
9. Victoria Enterprises Ltd. Contra México.....	165
10. Corn Products International Inc. y ALMEX contra México, Caso CIADI: ARB(AF)/04/5.....	166
11. Bayview Irrigation Et. Al. contra México, Caso CIADI: ARB (AF)/05/1.....	168
12. Cargill Incorporated contra México, Caso CIADI: ARB(AF)/05/02.....	170
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>171</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>180</b>

## INTRODUCCIÓN

Como sabemos, México a partir de 1980 inició un cambio radical de un sistema económico proteccionista, que había sido el tradicional, por uno aperturista. Con la finalidad de compensar las diferencias de desarrollo económico que lo separaban de su vecino del norte y tratando de establecer puentes internos para superar los distintos enfoques y los prejuicios prevalecientes, negoció y celebró el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que entró en vigor el 1 de enero de 1994.

Para nuestro país la celebración de dicho tratado significó la posibilidad de negociar con Estados Unidos, contradictorio por su democracia interna y su política exterior agresiva y autoadulatoria, el inicio de un proceso de integración económica con la creación de la primera zona de libre comercio a la cual México accedía a formar parte. La necesidad de hacerlo fue eminente ante la creación de diversos bloques económicos en el mundo cuya gestación ya en ese entonces estaba en grados mucho más avanzados.

En el tratado se establecieron compromisos para permitir la desgravación arancelaria entre los tres países en forma gradual, atendiendo dentro de lo posible a las diferencias de desarrollo no sólo económico sino en prácticamente todas las áreas entre los miembros. Las negociaciones, la aprobación y la aplicación del tratado hasta la fecha ha causado polémica no solo por los estragos económicos que ha ocasionado para diversas áreas de producción, distribución y comercialización en México, por las diferencias abismales de bienestar económico de la población de los tres países contratantes, por las decisiones aun arbitrarias y unilaterales que Estados Unidos ha llegado a tomar, como en el caso de los servicios de transporte cuyos compromisos se niega a cumplir de una manera abierta y sin escrúpulos. Esto no es una sorpresa para nosotros porque desde que se empezó a negociar el tratado se sabía que uno de los retos para nuestro país era lograr la aprobación no sólo de compromisos específicos y obligatorios, sino de un

mecanismo que permitiera hacerlos exigibles en caso de incumplimiento.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte consta de veintidós capítulos, los compromisos específicos de desgravación arancelaria y los llamados Acuerdos Paralelos en materia ambiental y laboral. Las disposiciones para la solución de controversias que surgen por la interpretación o aplicación del tratado en general están en su Capítulo XX, que no se aplicará cuando se trate de los casos previstos en: el Capítulo XIX que contiene los medios para dirimir aquellas diferencias que surjan por la aplicación de medidas compensatorias por dumping o subvenciones; en el Capítulo XIV que regula las controversias relacionadas con los servicios financieros; en el Capítulo XI apartado B, que es el que nos ocupa en la presente tesis, que rige la solución de diferencias en materia de inversión; y en los dos Acuerdos Paralelos donde se acordaron también vías para la sustanciación de los conflictos que surjan por la aplicación de sus disposiciones.

El capítulo XI de Inversión se negoció por la necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar la conducción de las áreas estratégicas de la economía. En la Sección A del mismo se establecieron los principios y conceptos que deben guiar el trato que se otorga a los inversionistas nacionales de los tres países y en la Sección B el mecanismo para dirimir las controversias que surjan de la aplicación de la Sección A, mecanismo que permite que un inversionista persona física o moral pueda demandar a un Estado en su calidad de beneficiario de la inversión extranjera.

La aprobación de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN atendió en gran medida al reconocimiento de la necesidad de contar con un mecanismo eficaz para garantizar el cumplimiento de los compromisos de trato a la inversión, que permitieran dar certeza a los inversionistas, así como a la ineficiencia e incertidumbre ante los tribunales nacionales y sus procesos, muchas veces plagados de parcialidad, sobre-regulación, y complicación administrativa y burocrática.

Las disposiciones de inversión del TLCAN han abierto la puerta a retos legales inesperados, que se han presentado ante los tribunales internacionales por las empresas extranjeras que buscan indemnización financiera de los gobiernos en ocasiones con motivos suficientes y reales, otras con hechos evidentemente improcedentes. Muchos de estos retos basados en el hecho de que los inversionistas extranjeros deben ser indemnizados cuando se afecta sus intereses de negocios, con motivo de las facultades gubernamentales tradicionales en materia ambiental, de salud, de seguridad o en compras de gobierno. Y en otros casos, aún cuando ya se ha mencionado por diversos páneles arbitrales implementados con fundamento en dicho capítulo, todavía hay inversionistas que ven en la protección internacional de las inversiones un seguro estatal sin más del riesgo en los negocios que sólo éstos deben asumir.

Las acciones implementadas en contra de los tres gobiernos en ocasiones han sido objeto de polémica al interior en virtud de que han dado resultados que no serían factibles si fueran iniciados en tribunales domésticos, lo que acarrea la consecuencia de otorgar a los inversionistas extranjeros mayores derechos que aquellos que están disponibles para los ciudadanos. Para nuestro país ha implicado también un cambio, que ha costado realmente caro, en las políticas gubernamentales de los principios básicos del trato a la inversión extranjera ya que en los casos en que México ha perdido con fundamento en el capítulo de inversión ha sido condenado a altas indemnizaciones económicas.

En el primer capítulo de esta tesis se da una introducción histórica al tema, el cual nos permite conocer la relación del TLCAN, en cuanto a su origen y fundamento, con los organismos multilaterales que rigen el comercio internacional en el mundo y en el continente americano. Así como el origen de su calidad de creador de una zona de libre comercio; de las etapas de integración económica entre las que se encuentra y de su sustento legal a nivel multilateral.

En el segundo capítulo se desarrolló el marco jurídico y doctrinal que en México es aplicable en relación con el Tratado de Libre Comercio de América

del Norte. Por lo que incluye las disposiciones constitucionales que lo fundamentan y permiten que sea vigente en nuestro país; la legislación interna que es aplicable a los tratados; las tesis jurisprudenciales que se han manejado respecto a la jerarquía de los tratados en su aplicación en nuestro orden interno; las dos Convenciones que México signó para dar reconocimiento interno y validez a los tratados internacionales; concretamente el TLCAN y lo referente a los Tratados de Protección a la Inversión signados por México.

En el tercer capítulo se desarrollan las disposiciones contenidas en el Capítulo XI Inversión del TLCAN, en sus dos secciones, la A con los principios y conceptos en materia de inversión y la B con el mecanismo concreto de solución de diferencias en dicha materia. En principio se da una visión general de la regulación de los mecanismos para la solución de diferencias contenidas en el tratado.

Finalmente, en el cuarto capítulo presentamos los casos que se han sometido a arbitraje con fundamento en el Capítulo XI Sección B del TLCAN, mencionando de manera más detallada los casos en los que México ha sido demandado, con una descripción de los hechos que motivaron las demandas de los inversionistas, el fundamento y el resultado de la sustanciación del procedimiento.

## TABLA DE ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
AIF	Asociación Internacional de Fomento
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ALCCEU	Acuerdo de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos
ALMEX	Almidones Mexicanos S.A. de C.V.
AMCE	Acuerdo entre México y la Comunidad Europea <sup>1</sup> .
APPRIS / BIT	Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Bilateral Investment Treaty. En la terminología internacional se les denomina International Investment Agreement.
BID	Banco Interamericano de Desarrollo (Interamerican Development Bank).
BM	Banco Mundial (World Bank), cuyo nombre oficial es Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento (BIRF).
CCI	Congressional Executive Agreement
CEMSA	Corporación de Exportaciones Mexicanas S.A. de C.V.
CIADI / ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones, International Centre for the Settlement of Investment Disputes.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CFI	Corporación Financiera Internacional.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

---

<sup>1</sup> Se publicó en el DOF el 26 de junio de 2000 y entró en vigor el 1 de julio de 2000. Forman parte de la Unión Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Bulgaria, República Checa, Rumania, Suecia, Bulgaria y Rumania.

CNUDMI / UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Comision on Internacional Trade Law en inglés o Comisión des Nations Unites pour le droit comercial internacional en francés)
COECE	Coordinadora Empresarial en Comercio Exterior.
COTERIN	Confinamiento Técnico de Residuos Industriales S.A. de C.V.
CPI	Corn Products International Inc.
DESONA	Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
ECO	Eco-Metalclad Corporation
ECONSA	Ecosistemas Nacionales S.A. de C.V.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la ONU
EDM	Entertainments de México S. de R.L. de C.V.
EUA	Estados Unidos de América.
FMI	Fondo Monetario Internacional (International Monetary Found).
FOBAPROA	Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
GAM	Grupo Azucarero México S.A. de C.V.
GAMI	Great American Management and Investments Inc.
GATT	Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, en inglés General Agreement on Tariffs and Trade.
IEPS	Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.
INE	Instituto Nacional de Ecología.
IPAB	Instituto de Protección al Ahorro Bancario.
JMAF	Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa
MAI	Convenio Multilateral sobre Inversión (Multilateral Agreement on Investment).
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency (Agencia Multilateral de Garantía de la Inversión).
OCDE / OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Organization for Economic Cooperation

	and Development)
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OIC	Organización Internacional del Comercio.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.
PROFEPA	Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente.
PRONAFICE	Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior
RLCE	Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.
SE	Secretaría de Economía.
SEDUE	Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.
SEGOB	Secretaría de Gobernación.
SEMARNAP	Secretaría de Marina, Recursos Naturales y Pesca.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
SLP	San Luis Potosí.
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá <sup>2</sup> (North American Free Trade Agreement).
TLCMAE	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio <sup>3</sup> .
TLCMB	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Bolivia <sup>4</sup> .
TLCMCH	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Chile <sup>5</sup> .
TLCMI	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel <sup>6</sup> .

---

<sup>2</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

<sup>3</sup> Se publicó en el DOF el 29 de junio de 2001 y entró en vigor el 1 de julio de 2001. La Asociación Europea de Libre Comercio está integrada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

<sup>4</sup> Se publicó en el DOF el 11 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

<sup>5</sup> Se publicó en el DOF el 28 de julio de 1999 y entró en vigor el 1 de agosto de 1999.

<sup>6</sup> Se publicó en el DOF el 28 de junio de 2000 y entró en vigor el 1 de julio de 2000.

TLCMJ	Acuerdo para el fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón <sup>7</sup> .
TLCMN	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Nicaragua <sup>8</sup> .
TLCMCR	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Costa Rica <sup>9</sup> .
TLCMCV	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Colombia y Venezuela <sup>10</sup> .
TLCMSGH	Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Salvador, Guatemala y Honduras <sup>11</sup> .
TLCMU	Tratado de Libre Comercio entre la República Oriental del Uruguay y de los Estados Unidos Mexicanos <sup>12</sup> .
TRIMs	Acuerdo Sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (Trade – Related Investment Measures).
TSJDF	Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
UASLP	Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
UE	Unión Económica Europea.
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development).

---

<sup>7</sup> Se publicó en el DOF el 31 de marzo de 2005 y entró en vigor el 1 de abril de 2005.

<sup>8</sup> Se publicó en el DOF el 1 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 1998.

<sup>9</sup> Se publicó en el DOF el 10 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

<sup>10</sup> Publicado en el DOF el 9 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995. A partir del 19 de noviembre de 2006 Venezuela ya no participa en este Tratado.

<sup>11</sup> Se publicó en el DOF el 14 de marzo de 2001 y entró en vigor el 15 de marzo de 2001 con El Salvador y Guatemala y el 1 de junio de 2001 con Honduras.

<sup>12</sup> Se publicó en el DOF el 14 de julio de 2001 y entró en vigor el 15 de julio de 2004.

## CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

El comercio mundial comenzó a gestarse a mediados del siglo XVII con las limitaciones en extensión propias de un sistema internacional concentrado en un pequeño grupo de países dominantes. Esto fue en la etapa de florecimiento del mercantilismo, tendencia económica vigente del siglo XVI a mediados del XVIII, cuya tesis principal es la creencia de que la riqueza está en los metales preciosos, por lo que los Estados trataron de acumularlos e impedir su salida al extranjero mediante enérgicas reglamentaciones, un decidido Intervencionismo estatal, y el fomento de la industria y el comercio con la finalidad de que quienes no poseían minas o colonias pudieran obtenerlos.<sup>13</sup>

A mediados del siglo XVIII se pasó gradualmente del mercantilismo al librecambismo, asumiendo la característica de una auténtica economía internacional. El movimiento liberal se sustenta sobre el principio básico de la libertad económica y política así como sobre un enfoque individualista que surgió como respuesta al excesivo intervencionismo estatal de los mercantilistas.

Fue en 1870 cuando el librecambismo sufrió alteraciones con tendencias al proteccionismo arancelario, especialmente en Alemania y en Francia, con la finalidad de desarrollar sus industrias frente a la competencia británica. A inicios del siglo XX junto al capitalismo nace un nuevo sistema económico antagónico, el socialismo, y se empieza a tomar conciencia de los desequilibrios entre los distintos niveles de desarrollo de los países industrializados y los no industrializados, muchos de ellos en situación colonial. Durante el período entre la Primera y la Segunda Guerras Mundiales se abandonó el patrón oro, se establecieron fuertes restricciones al intercambio de mercancías, de personas y de capital, situación

---

<sup>13</sup> HERRERÍAS TELLERÍAS, Armando, Fundamentos para la Historia del pensamiento económico, Ed. Limusa, 4ª. ed., México, 1996, p. 49-88.

que se agravó a nivel mundial con la gran depresión de 1929, con proyección hasta fines de 1939. Entonces se sustituye el libre cambio por el bilateralismo como forma principal de las relaciones comerciales entre las naciones.<sup>14</sup>

El colapso del socialismo en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas en diciembre de 1991 como modelo de desarrollo, dio lugar a que el liberalismo económico y el libre comercio se hayan establecido como los principales parámetros para evaluar la gestión de los distintos gobiernos en el aspecto económico. En consecuencia, tratándose de países en desarrollo, su aislamiento o falta de ortodoxia liberal en materia económica los hundirá más rápidamente en el atraso y la pobreza.<sup>15</sup>

Así tenemos que los rasgos básicos de la institucionalización actual de la economía mundial se pueden enmarcar en tres grandes etapas evolutivas: la que va del librecambismo colonial del siglo XVIII hasta el bilateralismo de inicios y mediados del siglo XX ya mencionados; la búsqueda de la cooperación internacional mediante las Naciones Unidas; y las dinámicas de integración económica de la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días.<sup>16</sup>

## **1. Organización de las Naciones Unidas.**

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) tiene como antecedente institucional a la Sociedad o Liga de las Naciones<sup>17</sup>, organización creada el 28 de

---

<sup>14</sup> LAVIÑA, Félix, Organización del Comercio Internacional, Ed. Depalma, Argentina, 1993, p. 2 y 3.

<sup>15</sup> OJEDA, Mario, El cambiante contexto internacional a finales del segundo milenio, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 18.

<sup>16</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Derecho Internacional Económico, Instituciones y críticas contemporáneas, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 2.

<sup>17</sup> México fue admitido en la Sociedad de las Naciones en el año de 1931 como miembro de ingreso por el procedimiento

junio de 1919 por Francia, Gran Bretaña, Rusia y Alemania, mediante la firma del Tratado de Versalles<sup>18</sup>, el tratado de paz que puso fin oficialmente a la primera guerra mundial. La Sociedad de las Naciones se consideró el primer intento de organizar a la comunidad internacional, con el fin de hacer reinar “la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos”<sup>19</sup>. Sin embargo se le calificó como un fracaso porque nunca fue una organización de carácter mundial y sobre todo porque no pudo impedir el surgimiento de la Segunda Guerra Mundial mediante la solución pacífica de controversias. Estuvo vigente hasta el 18 de abril de 1946, fecha de la creación de la ONU.

Durante la vigencia de la Liga de las Naciones no existió ningún organismo o cuerpo jurídico que se ocupara propiamente del comercio, así que los asuntos comerciales continuaron manejándose mediante negociaciones bilaterales y conferencias diplomáticas internacionales. Dentro de esa organización lo más cercano a un organismo que regulara aspectos mercantiles fueron dos comités, uno económico y otro financiero, dependientes de la Secretaría de la Liga, los cuales se integraron por expertos en la materia, más que por representantes de los gobiernos y establecieron un servicio de inteligencia económica mundial que publicaba periódicamente las investigaciones que realizaban sobre la situación económica internacional y datos estadísticos, entre las que destacaron sus advertencias sobre los riesgos de las normas económicas restrictivas y nacionalistas.<sup>20</sup>

A finales de la segunda década del siglo XX se presentó una fuerte

---

de admisión.

<sup>18</sup> Entró en vigor el 10 de enero de 1920.

<sup>19</sup> Preámbulo del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

<sup>20</sup> QUINTANA ADRIANO Elvia Argelia (Coordinadora), Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y sistemas jurídicos comparados, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, S.N.E., México, 2006, Tomo I, página 107.

depresión mundial, causada en principio por una crisis financiera generalizada, la falta de vinculación suficiente entre la expansión de la oferta de bienes y servicios derivada del fin de la Primera Guerra y la todavía débil demanda internacional. La devastación en las bolsas de valores, el estado de concurso mercantil generalizado y el desempleo imparable fueron algunas de las reacciones que provocaron una redefinición del papel del Estado en la economía a nivel mundial. La emergencia de la Gran Depresión puso de manifiesto que, el rol público no podía seguir las rutas del automatismo del mercado pregonado por el liberalismo económico ensayado un siglo antes, sino la necesidad apremiante de una conducta activa del Estado en la promoción económica; surgiendo con ello el Intervencionismo y el Dirigismo. En el ámbito político, el periodo de entreguerras engendra, además, los cimientos de dictaduras en Italia, Alemania y la Unión Soviética; que luego habrían de expandirse a otros países de la región. El surgimiento y consolidación de los partidos de Estado –de forma relevante el nacional socialismo germano- da pie a sentimientos nacionalistas, y de ellos, a una nueva conflagración bélica, de escala realmente global: la Segunda Guerra Mundial (1939-1945)<sup>21</sup>.

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, el 25 de abril de 1945 se reunieron en San Francisco los delegados de 50 naciones para participar en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre organización internacional. Con base en las propuestas de la conferencia de Dumbarton Oaks, en los acuerdos de Yalta y en las enmiendas presentadas por algunos gobiernos, el 25 de junio de 1945 fue aprobada la Carta de las Naciones Unidas, la cual entró en vigor el 24 de octubre<sup>22</sup> del mismo año y es el fundamento de la Organización de las Naciones

---

<sup>21</sup> V. MILAN, A, La Segunda Guerra Mundial, Ed. Crítica, España, 1986; BARNES, H., Historia de la economía del mundo occidental –hasta principios de la Segunda Guerra Mundial, Ed. Uteha, México, 1955; y TORRES, B., México en la Segunda Guerra Mundial, Ed. Colegio de México, México, 1979, citados por ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 30.

<sup>22</sup> CAMARGO, Pedro Pablo, Tratado de derecho internacional, Ed. Temis librería, S.N.E., Colombia, 1983, Tomo II, p. 162.

Unidas.

Aunque la nueva organización internacional nació como una alianza de las naciones victoriosas en la Segunda Guerra Mundial<sup>23</sup>, en la actualidad es una organización en la que participan prácticamente todos los Estados que existen sobre la Tierra, independientemente de su sistema político, económico, social, cultural e incluso de su nivel de desarrollo.

La finalidad de la ONU no es solo mantener la paz y la seguridad internacionales, también es "...promover el progreso económico y social de todos los pueblos"<sup>24</sup>. Aunque carece de facultades para promulgar normas de derecho internacional obligatorias para los Estados, es un centro de negociación para que los Estados soberanos, por medio de tratados y convenciones internacionales de diversa naturaleza, establezcan las reglas de derecho internacional.

En el artículo 1 párrafo tercero de la Carta de las Naciones Unidas se estableció que uno de sus objetivos es "...la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario". Porque a pesar de que a cada Estado le corresponde dentro de su ámbito interno la resolución de los problemas económicos, sociales y culturales de su población, también es cierto que en el marco de la comunidad internacional afloran esos problemas con intensidad, especialmente a causa de los injustos términos del intercambio comercial y de la brecha entre las naciones ricas y los

---

<sup>23</sup> Los fundadores de las Naciones Unidas fueron: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estados Unidos de América, Etiopía, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irak, Irán, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Gran Bretaña, República Dominicana, Bielorrusia, Ucrania, Siria, Turquía, Unión Sudafricana, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

<sup>24</sup> Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

países pobres.<sup>25</sup>

En el capítulo IX de la Carta de las Naciones Unidas se consagró la cooperación internacional económica, social y sanitaria, y las facultades que en el se establecen le corresponden al Consejo Económico y Social, conocido como ECOSOC. Para el cumplimiento de sus funciones creó las Comisiones Económicas regionales<sup>26</sup> y las comisiones y comités especiales.

La Conferencia Económica Mundial de 1931 fue el primer esfuerzo por crear un nuevo orden económico internacional, que aunque resultó un fracaso por su falta de consistencia y compromiso, reafirmó la convicción del economista John Maynard Keynes, para diseñar los mecanismos necesarios para nunca más volver a las condiciones de los años treinta, de un enorme desempleo y una lacerante miseria, y peor aún, cuna del nazismo. A petición del Ministerio de Información del Reino Unido, la misión de Keynes consistía en preparar la defensa conceptual para desacreditar los contenidos económicos del anunciado orden económico nazi. Sin embargo, Keynes fue mucho más allá al articular los elementos clave de lo que intentaba ser un auténtico nuevo sistema económico internacional.<sup>27</sup>

Todavía en el marco de la Sociedad de las Naciones ante la necesidad de reorganizar la economía a nivel internacional, al término de la Segunda Guerra Mundial se celebró la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, en Bretton Woods New Hampshire, Estados Unidos, del 1 al 22 de julio de 1944, en donde se diseñó la estrategia para reorganizar la economía y el comercio a nivel mundial, que atravesaban por una situación crítica debido al fuerte deterioro de

---

<sup>25</sup> CAMARGO, Pedro Pablo, Op. Cit, p. 172.

<sup>26</sup> La Comisión Económica para Europa (ECE) establecida el 28 de marzo de 1947; la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) creada el 25 de febrero de 1948; la Comisión Económica para África establecida el 29 de abril de 1948; y la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente (CEALO) creada el 28 de marzo de 1947.

<sup>27</sup> HERRERÍAS TELLERÍAS, Armando, Op. Cit., p. 281-307.

las economías europeas.<sup>28</sup>

En la Conferencia de Bretton Woods, resultado de los estudios sobre reconstrucción europea de Keynes, se crearon tres organismos con la finalidad de reorganizar la economía y el comercio a nivel mundial: el Fondo Monetario Internacional (FMI) con un capital de 10 000 millones de dólares; el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento o Banco Mundial (BIRF) también con un capital de 10 000 millones de dólares, y la Organización Internacional de Comercio (OIC)<sup>29</sup>, que a continuación se analizan.

### **1.1. Fondo Monetario Internacional (FMI);**

La necesidad de crear un organismo como el FMI se hizo evidente durante la gran depresión que devastó el mundo económico de los años 30's, que provocó la quiebra de cientos de bancos, el cierre de miles de fábricas, la caída de los precios de productos agrícolas por debajo del costo de producción, y la pérdida del empleo de millones de trabajadores. El efecto devastador de la crisis no se limitó a la economía visible, pues fue igualmente destructivo en el mundo financiero internacional y en el intercambio monetario.<sup>30</sup>

Mediante el Convenio Constitutivo del FMI se creó el 27 de diciembre de 1945, sus funciones son a nivel macroeconómico, y tienen relación directa con la implementación de políticas económicas en los diversos países con la finalidad de crear un adecuado y operante sistema monetario internacional estable, para ello

---

<sup>28</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Comercio Internacional – Régimen Jurídico Económico, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 8.

<sup>29</sup> PERENNE, Jacques, Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia, Ed. Cumbre, 16ª ed., México, 1980, Tomo VIII, p. 404.

<sup>30</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 21.

vigila las cuestiones de déficit presupuestario, política monetaria, inflación, déficit comercial y deuda externa.

En los artículos III y IV del Convenio Constitutivo del FMI los Estados Miembros se comprometen a colaborar con la institución en la labor de asegurar regímenes cambiarios ordenados y en fomentar un sistema estable de tipos de cambio. En este sentido, los países convienen en orientar las medidas de política hacia el objetivo de un crecimiento económico ordenado con estabilidad razonable de precios.

El FMI concede crédito para contribuir a que los Estados superen los problemas de la balanza de pagos y restablezcan el crecimiento económico sostenible. Las divisas que entrega, en cantidades determinadas por la cuota del país en el FMI; se depositan en el banco central del mismo para complementar las reservas internacionales de éste; y con ello, contribuir al respaldo general de su balanza de pagos. La condicionalidad vinculada al crédito del FMI tiene la intención de asegurar que una vez obtenido el préstamo, el país no aplace decisiones difíciles y acumule deudas; sino que sea capaz de enderezar su economía y pagar el préstamo.<sup>31</sup>

El FMI cuenta con tres órganos básicos de decisión y administración estratégica, además de una serie de divisiones internas encargadas de la operación cotidiana de la institución: la Junta de Gobernadores que es el órgano decisorio supremo; el Directorio Ejecutivo es quien gestiona las operaciones del Fondo y esta integrado por veinte miembros, de los cuales cinco son designados por los países de mayor participación en cuotas y quince más por el resto de los Estados Miembros; y el Director Gerente quien cuenta con voto de calidad y es el responsable de la administración del Fondo.

---

<sup>31</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 182 y 183.

## 1.2. Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento (Banco Mundial).

El Banco Mundial se estableció en la Conferencia de Breton Woods, New Hampshire, el 27 de diciembre de 1945 en principio con la finalidad de financiar a los países europeos en su reconstrucción al finalizar la Segunda Guerra Mundial a través del llamado "Plan Marshall". Dentro de sus funciones se encuentra la de promover el crecimiento equilibrado del comercio internacional y la inversión, la lucha contra la pobreza y el mejoramiento del nivel de vida de las personas alrededor del mundo.

Tiene su sede en Washington, EUA y más de 100 oficinas en diversos países. Trabaja en más de 100 economías de países en vías de desarrollo. Es una de las principales fuentes de financiamiento para el desarrollo mundial. Indica su intención de colaborar con el crecimiento estable, sostenido y equitativo.<sup>32</sup>

El Banco Mundial es una agencia de préstamo multilateral consistente en cinco instituciones estrechamente asociadas: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF); la Asociación Internacional de Fomento (AIF); la Corporación Financiera Internacional (CFI); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) y la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión o Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA por sus siglas en inglés). Estas instituciones en su conjunto son conocidas como "Grupo Banco Mundial".<sup>33</sup>

La creación de la AIF y la CFI responden al interés estadounidense de mantener, bajo el control de un grupo de países afines a su sistema económico

---

<sup>32</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Derecho de los Negocios Internacionales – Arbitraje Internacional TLCAN, América Latina, CIADI, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 108.

<sup>33</sup> LAVIÑA, Félix, Op. Cit., p. 47.

los mecanismos duros de la cooperación para el desarrollo económico. Esto es, a lo largo de las décadas de los cuarentas y cincuentas Estados Unidos buscó a toda costa evitar que los recursos sustanciales para el desarrollo económico se asociaran a una institución como la ONU, donde su voto no era susceptible de ser ponderado; y por lo tanto, su influencia naturalmente disminuía. El régimen de condicionalidad y las políticas crediticias modelo para el Grupo son en realidad decididas por el BIRF.<sup>34</sup>

La AIF instrumenta los créditos para los países menos desarrollados, a partir de mecanismos de baja incidencia en la balanza de pagos, incluyendo préstamos sin intereses provenientes de fondos de países en mejor posición económica; la CFI canaliza capital a empresas privadas y ofrece apoyo técnico y asesoría tanto a empresas como a gobiernos; el MIGA se estableció en la Convención de Seúl de 11 de octubre de 1985, para incentivar la inversión extranjera en los países en desarrollo, mediante la entrega de garantías a inversionistas extranjeros contra pérdidas originadas por riesgos no comerciales y el CIADI que ofrece los medios para solucionar conflictos relativos a inversiones entre inversionistas extranjeros y países donde han invertido.

En el caso de México, los programas del BIRF para el desarrollo económico han variado a través del tiempo. En las décadas de los años 60's y 70's se destinaron al proyecto de desarrollo dirigido por el Estado y orientado hacia la industrialización para sustituir importaciones. Después de la crisis de la deuda de 1982, el BIRF impulsó un nuevo modelo para alcanzar la liberalización económica del Estado, el cual comprendió: el ajuste estructural, la apertura económica y el desarrollo de infraestructura.<sup>35</sup>

Para obtener la asistencia financiera necesaria, los países en desarrollo

---

<sup>34</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 175.

<sup>35</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 11.

suelen tener la imposición de estos organismos, en aceptar sus criterios de buen gobierno, privatización, así como apertura comercial y de inversiones. Como valientemente han denunciado prestigiosos académicos son los órganos de gobierno del país, los que deben o deberían determinar su política económica y no los financieros –públicos o privados- que otorgan los créditos. Así, la necesidad apremiante de un país por préstamos de subsistencia de corto plazo – incluso para refinanciar deudas saldadas varias veces- no otorga desde el punto de vista ético, derecho alguno a los organismos internacionales a imponer condiciones que no solamente exceden las características de un crédito; sino que, además, han demostrado ampliamente su ineficacia y efectos permisivos por el consecuente recorte en el gasto social; factor elemental para la disminución de la pobreza, la mejora en la salud, la educación, etcétera. No obstante lo anterior, el BM es el mayor proveedor de financiamiento externo para la educación, contra la pandemia del SIDA, para programas de salud, y para proyectos de diversidad biológica. Así mismo, se ha unido a una amplia gama de instituciones colaboradoras en la lucha contra la pobreza alrededor del mundo.<sup>36</sup>

El BM ante las críticas constituyó el Panel de Inspección del BM, como mecanismo de evaluación independiente de las actividades de la institución, compuesto por tres miembros de distintas nacionalidades, nominados por el Presidente y designados por el Consejo de Directores Ejecutivos. El Panel funciona ante la denuncia o solicitud de inspección de por lo menos dos personas que vivan en un país afectado por un proyecto financiado por el BM.

### **1.3. Organización Internacional de Comercio.**

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial el gobierno norteamericano propuso la

---

<sup>36</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 58, y 184 - 187.

realización de una Conferencia Internacional sobre Comercio. Esta iniciativa fue adoptada por la ONU, la cual, a través de su Consejo Económico y Social convocó, por resolución de 18 de febrero de 1946, a una Conferencia Internacional sobre el Comercio y el Empleo, al tiempo que estableció un Comité preparatorio para formular un proyecto de convención con la finalidad de crear una Organización Internacional del Comercio que complementaría las funciones financiera y monetaria del BIRF y del FMI, respectivamente.<sup>37</sup>

Con el propósito de discutir la propuesta de los Estados Unidos, se nombró un Comité Preparatorio de la Conferencia de Comercio y el Empleo (Comité Preparatorio), el cual se reunió en la Ciudad de Londres en octubre de 1946, donde elaboró el "Proyecto Londres" que contenía ciertas medidas a favor de los países en desarrollo. El Comité Preparatorio se reunió por segunda ocasión del 20 de enero al 25 de febrero de 1947, donde creó el "Proyecto Nueva York" que omitía las medidas a favor de países en desarrollo antes contempladas en el Proyecto Londres. El Comité Preparatorio se reunió nuevamente para discutir el Proyecto Nueva York, y surgieron dos documentos: el proyecto de la Carta de Comercio Internacional y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947), de aplicación provisional.<sup>38</sup>

En agosto de 1947, el Comité Preparatorio aprobó un proyecto de tratado, que establecía las reglas a seguir para la labor de la Conferencia, que se celebró en La Habana, Cuba, del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. Durante los trabajos de esta Conferencia se elaboró un convenio, conocido como la Carta de La Habana, que establecía los propósitos y principios de una Organización Internacional del Comercio.

---

<sup>37</sup> QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia, El Comercio Exterior de México, Marco jurídico, estructura y política, Porrúa – UNAM, 2ª. ed., México, 2003, p. 175.

<sup>38</sup> MALPICA DE LA MADRID, Luis, ¿Qué es el GATT?, Ed. Grijalva, México, 1979, p. 12 y 13.

En la Carta de la Habana se pueden encontrar cuatro aspectos fundamentales para liberar el comercio:

- I. Desarrollo económico y reconstrucción,
- II. Acceso en igualdad de condiciones a los mercados, fuentes de aprovisionamiento y medios de producción,
- III. Reducción de los obstáculos al comercio; y
- IV. Cooperación en el seno de la Organización Internacional de Comercio.

Después de tres años de negociaciones, 53 países incluido México firmaron la "Carta de la Habana", cuya entrada en vigor se condicionó a su aprobación por los países que representaran cuando menos el 85 por ciento del comercio mundial, razón por la cual resultaba fundamental su ratificación por parte de los Estados Unidos que representaba más del 15 por ciento de las transacciones mundiales. La OIC, entonces sugerida, no se estableció por las discrepancias que surgieron en las instituciones internas norteamericanas encargadas de negociar y aprobar los acuerdos internacionales, por los celos y los recelos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo del país promotor de la reordenación mundial y principal interesado en su éxito, como fue Estados Unidos.<sup>39</sup>

## **2. Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio**

(General Agreement on Tariffs and Trade)

Como ya se mencionó los Estados Unidos y algunos países europeos, más acorde con sus intereses, y al percatarse del caudal de asistencia financiera desde América, establecieron en Ginebra el 30 Octubre de 1947 el Acuerdo General

---

<sup>39</sup> CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 71.

sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como GATT por sus siglas en inglés, General Agreement on Tariffs and Trade. Firmado por 23 Estados y en vigor a partir del 1 de enero de 1948, surgió como un tratado multilateral provisional con objeto de mostrar anticipadamente lo que podría lograrse con la Carta de la Habana, pero al no prosperar ésta, el Acuerdo funcionó como el único instrumento de regulación de los intercambios comerciales hasta finales de 1994 con el surgimiento de la Organización Mundial del Comercio.

En el GATT los países signatarios negociaron 45 mil productos, cuyas concesiones arancelarias abarcaban en ese momento una quinta parte del comercio mundial, equivalente a 10 mil millones de dólares, hasta mayo de 1994, integraban el GATT 123 países, cuyo comercio representaba el 90 por ciento del total mundial. Aún cuando careció de la parte institucional hasta el año de 1994 hasta la fecha continua vigente como parte de los Acuerdos de la OMC.<sup>40</sup>

## **2.1. Principios del Comercio Internacional.**

En el desarrollo histórico del comercio internacional el esquema de las preferencias persigue desde el punto de vista económico que los países en desarrollo puedan alcanzar el nivel de su eficiencia relativa por medio de su participación en el comercio internacional sin verse sujetos a una competencia que no estarían en condiciones de resistir; dicho tratamiento preferencial que se defendió por los teóricos como un medio para redistribuir el ingreso en la práctica se utilizó como medio para alterar la competencia leal en el comercio internacional.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> VILLAREAL CORRALES, Lucinda, TLC Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001, Ed. Porrúa, México, 3ª. ed., 2001, p. 14

<sup>41</sup> OREGO VICUÑA, Francisco (compilador), Derecho Internacional Económico- Las nuevas estructuras del comercio internacional-Una perspectiva latinoamericana, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 11.

En el GATT se plasmó un código de principios que hasta la fecha rigen el comercio internacional, entre los que destacan el principio del comercio sin discriminación y el arancel como única protección a la industria nacional. El principio de comercio sin discriminación también es conocido como principio de trato de la nación más favorecida e incluye también el principio de trato nacional.

### **2.1.1. Trato de la Nación más Favorecida y Trato Nacional.**

El principio de trato de la nación más favorecida, también conocido como cláusula de la nación más favorecida encuentra su fundamento en el artículo I del GATT de 1947 que literalmente dispone:

“...cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinados”.

En su origen, así como en sus esquemas institucionales más recientes, la fórmula de la cláusula de la nación más favorecida, que es uno de los modelos jurídicos tradicionales del Derecho Internacional Económico, partió básicamente de dos presupuestos teóricos: i) que la eliminación de las barreras al comercio internacional, en un contexto de libre competencia, proporciona ventajas económicas reales para los países participantes en un esquema que la consagra; de ahí la conveniencia de extenderla a través de la cláusula; y ii) que la organización del comercio internacional en un esquema descentralizado de decisiones, resultante del funcionamiento del mercado, es de un manejo más fácil

y eficiente que en un esquema centralizado que sea el producto de algún esfuerzo de planificación.<sup>42</sup>

Este principio también implica un trato nacional, es decir, que una vez que un producto entra en un mercado deberá recibir un trato no menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares o equivalentes. Entonces el principio de no discriminación incluye el trato de la nación más favorecida y el trato nacional. Esto es, una vez que la mercancía ha pagado sus respectivos impuestos en la aduana dicho producto es reputado como de origen nacional, no pudiendo ser objeto de impuestos o cargas especiales.<sup>43</sup>

Los países miembros del GATT están obligados a respetar dichos principios, con dos excepciones reguladas en sus artículos XXIV y XXXVI. 8: cuando se trate de una etapa en un proceso de integración económica o bien con fundamento en la cláusula de habilitación, supuestos que a continuación se analizan.

#### **2.1.1.1. Etapas del Proceso de Integración Económica.**

La primera excepción al principio de no discriminación, que como vimos enmarca el principio de Trato Nacional y Trato de la Nación mas Favorecida, es la contenida en el artículo XXIV del GATT, por la cual se exime a los países a hacer extensivos a todos los países parte del GATT, los beneficios que se otorguen con fundamento en la implementación de una de las etapas de integración económica.

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 30-32.

<sup>43</sup> WITKER, Jorge y HERNANDEZ Laura, Régimen jurídico del comercio exterior en México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, S.N.E., México, 2000, p. 51.

El significado etimológico de integrar viene del latín integrare y significa formar las partes de un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Contribuir, unirse o entrar a formar parte de un todo o conjunto. Dar integridad a una cosa.<sup>44</sup> Considerada como un proceso, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones; vista como una situación de los negocios, la integración viene a caracterizarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales.<sup>45</sup>

En el contexto económico es más complejo ya que la integración económica es un proceso constante que articula lo económico, lo social y lo político; surgiendo una interdependencia entre países o sectores económicos, a través de la fusión de mercados, la cual se va formalizando en instituciones creadas para coordinar políticas e instrumentos de desarrollo que permitan mejorar el nivel de vida de sus miembros. Dentro de este proceso, se desarrollan varias fases para lograr la integración, que son: la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica.<sup>46</sup>

La zona de preferencia arancelaria, de tráfico fronterizo y de preferencia aduanera no son formas de integración por ser procesos no institucionalizados. La zona de preferencia arancelaria es el nivel mínimo de un proceso de acercamiento interestatal vinculado con emprendimientos económico – comerciales, es el resultado de negociaciones concretas, donde se acuerda la desgravación de aquellas mercaderías que han sido expresamente indicadas previamente y que se benefician al permitirse su libre circulación por la zona. Las zonas de tráfico fronterizo se constituyen por razones de vecindad geográfica en lugares de fronteras abiertas y muy interdependientes, las zonas limítrofes se

---

<sup>44</sup> Diccionario Enciclopédico Salvat, 1987.

<sup>45</sup> BELA BALASSA, J.D., Teoría de la integración económica, Ed. Unión tipográfica editorial, México, 1980, p. 1.

<sup>46</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 31.

benefician con tratamientos preferenciales que no se hacen extensivos al resto del ámbito geográfico de los Estados involucrados. Y la zona de preferencia aduanera se basa en el hecho de que un conjunto de territorios aduaneros se conceden entre sí una serie de ventajas aduaneras, no extensibles a terceros, es una especie de zona de libre comercio, pero con alcance menos desarrollado.<sup>47</sup>

La zona de libre comercio es la primera fase de integración regional, y es aquella en la que los países miembros han negociado mediante un Tratado la liberación global de restricciones internas al comercio aunque subsisten algunos esquemas de protección y restricciones para terceros países.<sup>48</sup> Todo lo que el área de libre comercio garantiza en el supuesto más ambicioso es que los bienes y servicios de cada país miembro penetren a los mercados de los otros miembros, libres de restricciones arancelarias y no arancelarias.<sup>49</sup>

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio describe a la unión aduanera como "...la sustitución de dos o más territorios aduaneros por uno solo de manera que: 1) los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminadas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios de los productos originarios de dichos territorios, y 2) cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella, derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticas"<sup>50</sup>. Es decir la unión aduanera se produce cuando un área de libre

---

<sup>47</sup> ARBUET – VIGNALI, Heber, Las claves jurídicas de la integración en los sistemas del MERCOSUR y la unión europea, Ed. Rubinzal – Culzoni editores, Argentina, p. 151-153.

<sup>48</sup> DÁVILA ALDÁS, Francisco R., Globalización – Integración América Latina, Norteamérica y Europa, Ed. Fontamara, México, 2002, p. 84.

<sup>49</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, ¿Hacia un acuerdo de libre comercio?, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 35.

<sup>50</sup> Artículo XXIV.8 del GATT.

comercio establece un arancel común frente al exterior. Ejemplos de estos sistemas serían la Comunidad Económica Europea a partir de 1968 y un intento lo estaría constituyendo el MERCOSUR, porque mal puede haber efectivamente una unión aduanera sin código aduanero, sin un efectivo arancel externo común y, sobre todo, sin instituciones supranacionales ni Derecho Comunitario.<sup>51</sup>

En el mercado común, a las ventajas recíprocas y compromisos comunes que resultan de la unión aduanera se le agrega la libre circulación, sin restricciones, por el territorio de los Estados partes, del comercio de bienes y servicios y de los factores productivos: mano de obra y capitales. Sería ejemplo de estos procesos, la Unión Europea, después de los Acuerdos de Maastricht en 1993, y aspiran a constituirlo ALADI y el MERCOSUR.<sup>52</sup>

La Unión Económica supone un grado más en la armonización económica y política, ya que además de reducir las restricciones comerciales y las que se oponen a la libre movilidad de los factores productivos, tratan de armonizar las políticas económicas de su nación con la de las otras con el fin de cancelar cualquier otra discriminación económica. Algunos autores consideran que éste es el último grado de integración e incluyen dentro del mismo lo que otros nombran unificaciones políticas, que presuponen una autoridad supranacional con poder para unificar las áreas restantes, en cada uno de los países; como lo referente a la política social, las relaciones internacionales y la cultura.<sup>53</sup>

La integración europea, se inició entre 1950 y 1951 con la creación de la Autoridad Internacional del Ruhr y de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que instituyeron el principio de supranacionalidad, combinando normas de Derecho Internacional con normas de Derecho Público interno. En 1999 se

---

<sup>51</sup> ARBUET – VIGNALI, Heber, Op. Cit., p. 155.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 155-156.

<sup>53</sup> DÀVILA ALDÀS, Francisco R., Op. Cit., p. 84 y 85.

estableció la unión monetaria y comenzó a avanzar rápidamente hacia la coordinación de la política exterior y de defensa.<sup>54</sup>

#### **2.1.1.2. Cláusula de Habilitación.**

Las cláusulas de habilitación se establecen como excepciones al principio de no discriminación y están relacionadas con los sistemas de preferencias generalizadas que son una obligación asumida en la década de los años setenta por los países desarrollados para aplicar, según sea autorizado por el GATT ahora OMC, un arancel preferencial generalizado, sin reciprocidad, a favor de los productos originarios de países o territorios menos desarrollados, con el fin de coadyuvar a su crecimiento económico.

Este sistema surgió originalmente en las discusiones de esa época en la UNCTAD, como un reconocimiento a que el principio de igualdad de trato previsto en el GATT es adecuado para Estados Miembros con niveles de desarrollo económico similares; pero injusto hacia los países menos desarrollados; y se formalizó al plasmarlo en el artículo XXXVI.8 del GATT, que a la letra dice:

“Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en negociaciones comerciales de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas”.

Dicha disposición es conocida como Cláusula de Habilitación y es resultado de la Ronda Tokio, cuando en 1979 las partes contratantes adoptaron cuatro acuerdos sustantivos, uno de los cuales se refiere precisamente a la

---

<sup>54</sup> FARIA, José Eduardo, El derecho de la economía globalizada, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 241-242.

cláusula que nos ocupa.

### **2.1.2. Las Tarifas o aranceles como únicos reguladores de los intercambios comerciales entre sus miembros.**

Conforme al principio fundamental de las tarifas o aranceles como únicos reguladores de los intercambios comerciales, solamente se pueden proteger las industrias nacionales mediante arancel aduanero y no con otras medidas comerciales.<sup>55</sup> El principio de arancel como única protección a la industria nacional esta plasmado en el art. XI del GATT de 47 y sus excepciones son:

- a) Salvaguardias (art. XIX del GATT)
- b) Excepciones propiamente dichas (Arts. XII.1 y XVIII.2 del GATT)
- c) Exenciones (artículo XXV del GATT)
- d) Acuerdo Multifibras (hasta diciembre de 2004,
- e) Sector agropecuario.
- f) Reservas del país adherente.

### **2.2. La solución de controversias en el GATT de 47.**

En su Artículo XXII, denominado consultas, establece que: "Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá prestarse a la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del Acuerdo".

---

<sup>55</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 38.

Bajo el mecanismo original previsto en el GATT de 1947 disponía de dos cauces de características adjetivas realmente laxas, más cercano a un procedimiento de conciliación que a un proceso efectivamente jurisdiccional. La primera posibilidad consistía en que, ante una falta de acuerdo entre las partes por solucionar su conflicto, el procedimiento se ventilaba ante un comité conformado por representantes de los países litigantes. La segunda alternativa implicaba la conformación de un panel constituido por representantes de terceros Estados. Los informes del panel tras desahogado el procedimiento, eran valorados por el Consejo que a su vez debía aceptarlos por unanimidad. Con esta acción, la controversia planteada y resuelta adquiría en Derecho Internacional Público la categoría de cosa juzgada.<sup>56</sup>

### **3. Organización Mundial del Comercio.**

La vida de la OMC y de su organización antecesora se ha logrado gracias a su mecanismo de toma de acuerdos: las llamadas rondas de negociación. Hasta la fecha han existido nueve rondas de negociación, cada una con particularidades históricas propias y siempre altos niveles de complejidad para llegar a acuerdos, ante una membresía siempre creciente, y cada vez más conciente y demandante de normas más equitativas. La secuencia de rondas ha sido: Ginebra, Suiza (1947); Annecy, Francia (1949); Torquay, Reino Unido (1951); Ginebra (1956); Ginebra (1960-61); Ginebra (1964-67); Tokio, Japón (1973-79); Punta del Este, Uruguay (1986-1994); y Doha, Qatar (2001-2006).

La Ronda Uruguay, que abarcó desde 1986 hasta 1994 y en la cual participaron 108 países, representó la oportunidad para liberalizar el comercio

---

<sup>56</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 227.

internacional, reforzar la disciplina y mejorar la transparencia en el sistema multilateral de comercio; además, pretendió constituir un mecanismo para dirimir las controversias comerciales. La firma del Acta Final de Marrakech, el 15 de abril de 1994<sup>57</sup>, por los representantes de los 128 países miembros se traduce en el resultado de largos años de negociaciones, que culminan con la creación de la Organización Mundial del Comercio; logrando así formalizar en un todo, diversos acuerdos, entendimientos y declaraciones que constituyen, sin duda alguna, el instrumento jurídico normativo del comercio a nivel multilateral.<sup>58</sup>

La OMC esta soportada en su funcionamiento por los siguientes organismos: la Conferencia Ministerial que es el órgano decisorio máximo, compuesto por representantes de todos los Estados Miembros que sesiona cada dos años; el Consejo General es el órgano de gestión pues desempeña las funciones de la Conferencia Ministerial en los períodos en que ésta no sesiona entre sus facultades especiales funge como órgano de solución de controversias; los Consejos Sectoriales son competentes para velar por el funcionamiento ordenado de la lista de acuerdos multilaterales, hasta la fecha existen tres: el de comercio de mercancías, el de comercio de servicios y el de los derechos de propiedad intelectual; el Órgano Permanente de Apelación es de naturaleza jurisdiccional ya que es competente para conocer de las apelaciones de los informes de los paneles administrados por el Consejo General en su carácter de órgano de solución de controversias; los Órganos Subsidiarios son órganos creados por los órganos anteriores para que les asistan en labores generales o específicas; y la Secretaría que asiste al resto de los órganos de la OMC en sus deliberaciones, formula estudios y en general, asiste en la gestión integral de los asuntos orgánicos y de administración de tratados multilaterales.

---

<sup>57</sup> El decreto de aprobación del acta final de la Ronda de Uruguay se publicó en México en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994 y entró en vigor el 30 de diciembre de 1994.

<sup>58</sup> QUINTANA ADRIANO Elvia Argelia (Coordinadora), Op. Cit., p. 115.

El GAT - OMC de 1994 comprende las disposiciones del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, tal como lo dispone el art. 1.a) del GATT - OMC de 94, por lo que todas las normas del GATT de 47, incluyendo los principios fundamentales del comercio internacional en ellas contenidas, se encuentran vigentes y obligan a todos los miembros de la OMC.

### **3.1. Los Acuerdos de la OMC.**

El Acta Final de Marrakesh está compuesta por acuerdos multilaterales, vinculantes para todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio, y plurilaterales, que no crean derechos y obligaciones para el miembro que no los haya aceptado expresamente; y su estructura jurídica es la siguiente:

Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Acuerdos comerciales multilaterales:

Anexo 1 A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías:

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo sobre Agricultura.

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido

Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio.

Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio.

Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo sobre la inspección previa a la exportación.

Acuerdo sobre normas de origen.

Acuerdo sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación

Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias.

Acuerdo sobre salvaguardas.

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos.

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Anexo 3: Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

Anexo 4: Acuerdos comerciales plurilaterales:

Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles.

Acuerdo sobre contratación pública.

Acuerdo Internacional de los productos lácteos.

Acuerdo Internacional de la carne de bovino.

### **3.2. Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio.**

Los países miembros de la OMC/WTO, por el solo hecho de su membresía, quedan obligados por el Convenio Sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (Trade – Related Investment Measures – TRIMs), ya que al ser un acuerdo multilateral vincula a todos los Estados miembros de la OMC. Éstos establecen reglas cuyo propósito es promover la inversión y evitar trato discriminatorio a la inversión extranjera directa (vía trato nacional y trato de nación más favorecida). Prohíben actos, identificados como TRIMs, que restringen y distorsionan el comercio, tales como requisitos de desempeño o requisitos dirigidos a mejorar la balanza de pagos. La intención que subyace en los TRIMs es

evitar distorsiones al comercio internacional. Se parte de la base de que la legislación nacional que regula y controla la inversión extranjera directa, distorsiona el flujo del comercio de la misma manera que las cuotas, tarifas y otras barreras no arancelarias, lo hacen respecto a los bienes y servicios materia del tráfico internacional.<sup>59</sup>

El Acuerdo establece un Comité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, encargado de vigilar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo, en cuanto a controversias remite al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias pero para controversias entre Estados Parte, no prevé la solución de controversias entre inversionista Estado como lo hace el TLCAN, que se analizará en el capítulo tercero del presente trabajo.

### **3.3. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.**

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias es un acuerdo multilateral de la OMC, y como tal obliga a todos los países signatarios de la organización. Su objetivo, como su nombre lo dice, es establecer un mecanismo para la solución de controversias que surjan con fundamento en los Acuerdos Jurídicos de la Organización Mundial del Comercio, dicho procedimiento se dirime ante el Órgano de Solución de Controversias, ver Cuadro 1 al final de éste Capítulo.

El éxito del sistema de solución de diferencias queda demostrado con los

---

<sup>59</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Derecho de los Negocios Internacionales – Arbitraje Internacional TLCAN, América Latina, CIADI, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 32.

más de trescientos asuntos que a la fecha han sido ventilados y resueltos en alguna de sus etapas. En él, se han advertido las colisiones entre fuertes bloques comerciales, principalmente entre la Unión Económica Europea y Estados Unidos, pero también entre socios al interior de estos, como los casos entre México y Estados Unidos. Así, en paralelo a los mecanismos de solución de controversias del TLCAN, la OMC representa una alternativa multilateral de consolidada credibilidad.<sup>60</sup> Los medios de solución de controversias que se estructuraron en dichos instrumentos jurídicos son más completos y complejos que los medios establecidos en el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias<sup>61</sup> es aplicable para las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones de los acuerdos abarcados<sup>62</sup>, que también contienen normas y procedimientos especiales o adicionales que prevalecerán sobre las disposiciones del Entendimiento<sup>63</sup> sin que la solución de los asuntos planteados pueda ser incompatible con dichos acuerdos, anular o menoscabar las ventajas de los mismos, ni poner obstáculos a la consecución de sus objetivos.

Así mismo, se establece el Órgano de Solución de Diferencias para administrar las normas y procedimientos, y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, salvo disposición en contrario de uno de ellos, y estará facultado para establecer grupos

---

<sup>60</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 226-227.

<sup>61</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.

<sup>62</sup> Con fundamento en el artículo 1 párrafo 1 y el apéndice 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias, los acuerdos abarcados son: el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, los Acuerdos comerciales multilaterales (excepto el contenido en el Anexo 3 Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales) y los Acuerdos comerciales plurilaterales.

<sup>63</sup> Artículo 1 párrafo 2 y apéndice 2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.<sup>64</sup>

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias establece como medios de solución de diferencias, las consultas; los buenos oficios, conciliación y mediación; los grupos especiales; la apelación y el arbitraje. Mecanismos que a continuación se analizan por ser una vía de solución de controversias que coexiste con las que se establecen en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, objeto de estudio del presente trabajo.

### **3.3.1. Consultas.**

Los miembros se comprometen a examinar con comprensión las representaciones que pueda formular otro miembro y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones.<sup>65</sup>

Ante una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el miembro al que se haya dirigido responderá, salvo acuerdo en contrario, en un plazo de 10 días a partir de la fecha de recepción y entablará consultas de buena fe en un plazo de no más de 30 días a partir de la recepción de la solicitud, y en no más de 10 días en casos de urgencia, con miras a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Si el miembro no responde en los plazos señalados o no se resuelve la diferencia en un plazo de 60 días a partir de

---

<sup>64</sup> Artículo 2 párrafo 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias

<sup>65</sup> Artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

la recepción de solicitud o en 20 días en casos de urgencia, el miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial.

La solicitud de celebración de consultas debe presentarse por escrito, establecer las razones en que se base, las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación. Las consultas serán confidenciales, no prejuzgarán los derechos de ningún miembro en otras posibles diligencias, aceleradas al máximo en casos de urgencia y con especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo miembros.

### **3.3.2. Buenos oficios, conciliación y mediación.**

Son procedimientos que se inician voluntariamente, en cualquier momento, si así lo acuerdan las partes en la diferencia y en cualquier momento se les podrá poner término con la posibilidad de solicitar el establecimiento de un grupo especial.<sup>66</sup> Las diligencias y posiciones adoptadas en estos procedimientos serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ninguna de las partes en posibles diligencias ulteriores.

### **3.3.3. Grupos Especiales.**

Si la parte reclamante lo pide, se establecerá un grupo especial a más tardar en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias siguiente a aquella en la que la petición haya figurado por primera vez, a menos que en esa reunión se decida

---

<sup>66</sup> Artículo 5 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

por consenso no establecer un grupo especial.<sup>67</sup>

Los grupos especiales<sup>68</sup>, a menos que las partes acuerden otra cosa, deberán examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes, el asunto que se somete al Órgano de Solución de Diferencias y formular conclusiones que le ayuden al Órgano a hacer recomendaciones o dictar resoluciones previstas en el acuerdo correspondiente.<sup>69</sup> Si varios miembros solicitan el establecimiento de grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones.<sup>70</sup>

Antes de celebrar la primera reunión sustantiva del grupo especial con las partes, las partes en la diferencia le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus respectivos argumentos.<sup>71</sup> En la primera reunión sustantiva con las partes se pedirá a la parte reclamante sus alegaciones, a la demandada su opinión al respecto y a los terceros sus opiniones.

En la segunda reunión sustantiva las partes presentan por escrito las réplicas formales y posteriormente se traslada la parte expositiva del informe para después recibir los comentarios de las partes. A continuación se traslada a las partes el informe provisional, que incluye las constataciones y conclusiones, y se da un plazo para que cualquiera de las partes pida el reexamen del informe. En caso de que se pida reexamen se da un período para que el grupo especial lo realice, incluida una posible nueva reunión con las partes. Al término de este período el grupo especial hace traslado del informe definitivo a las partes en conflicto y por

---

<sup>67</sup> Artículo 6 párrafo 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>68</sup> Formados por tres integrantes, a menos que, dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo, las partes convengan que se integre por cinco.

<sup>69</sup> Artículo 7 párrafo 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>70</sup> Artículo 9 párrafos 1, 2 y 3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>71</sup> Apéndice 3 párrafo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

último la distribución a los miembros.<sup>72</sup>

### 3.3.4. Apelación

Como una especie de tribunal de casación, el Órgano Permanente de Apelación en esta segunda instancia se limita a la interpretación en estricto Derecho.<sup>73</sup> El Órgano Permanente de Apelación se establecerá por el Órgano de Solución de Diferencias; atenderá los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso por turno. Solamente las partes en la diferencia, con exclusión de terceros, podrán recurrir a este recurso.<sup>74</sup>

La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste; y podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.<sup>75</sup> Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que este último organismo decida por consenso no adoptar el informe en un plazo de 30 días, contados a partir de su distribución a los miembros.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Apéndice 3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>73</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 229.

<sup>74</sup> Artículo 17 párrafos 1 y 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>75</sup> Artículo 17 párrafos 6 y 13 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

<sup>76</sup> Artículo 17 párrafo 14 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

### 3.3.5. Arbitraje

Se establece como un medio alternativo de solución de diferencias, para facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.<sup>77</sup>

El acuerdo de arbitraje esta sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán también sobre el procedimiento a seguir, lo que deberá notificarse a todos los miembros, al Órgano de Solución de Diferencias y al consejo o comité de los acuerdos pertinentes. Las partes deberán acatar el laudo arbitral.

## 4. Sistema Interamericano.

Las negociaciones comerciales internacionales no sólo tienen lugar en el seno de la Organización Mundial del Comercio, también se llevan a cabo en organizaciones calificadas como regionales.

Algunos autores consideran que Simón Bolívar es el padre de la organización regional en América Latina, pues tenía la iniciativa de integrar a las antiguas colonias europeas en América en una sola nación, sin contemplar a Brasil y Estados Unidos. Organizó el Congreso de Panamá, de 1826, con la asistencia de los plenipotenciarios de América Central, Colombia, México y Perú, donde se suscribió el tratado de unión, liga y confederación perpetua, que no prosperó por falta de ratificación.

Después del fracaso del Congreso de Panamá, surgieron varias iniciativas

---

<sup>77</sup> Artículo 25 párrafo 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias.

encaminadas a establecer lo que se llamó el sueño bolivariano, cuyo principal obstáculo fue la oposición de los Estados Unidos a los esfuerzos independientes de los países de la región por alcanzar su progreso socioeconómico mediante la libre determinación, lo cual supone, por una parte, su derecho a establecer libremente su sistema político y socioeconómico; y, por la otra, a disponer libre y soberanamente de sus riquezas y recursos naturales.<sup>78</sup>

En la Conferencia económica de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Buenos Aires en 1957, se planteó la necesidad de establecer un mercado regional latinoamericano, a fin de contrarrestar los futuros impactos del mercado común europeo.

El 18 de febrero de 1960 se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) mediante la suscripción del Tratado de Montevideo<sup>79</sup>, en el que se establece una zona de libre comercio cuyo perfeccionamiento se realizaría en un período no superior a doce años. En la tercera reunión de los países miembros, el 12 de agosto de 1980 en Montevideo, acordaron sustituirlo por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) con la finalidad de conformar un mercado común latinoamericano y lograr la expansión de la integración económica regional.

La Asociación Latinoamericana de Integración prevé como mecanismos para el cumplimiento de sus funciones básicas el establecimiento de áreas de preferencia económica, compuestas por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial. En el marco de esta Asociación se han suscrito diversos acuerdos bilaterales y subregionales que regulan diferentes grados de integración económica.

---

<sup>78</sup> CAMARGO, Pedro Pablo.- Tratado de derecho internacional.- Op. Cit.- p. 410.

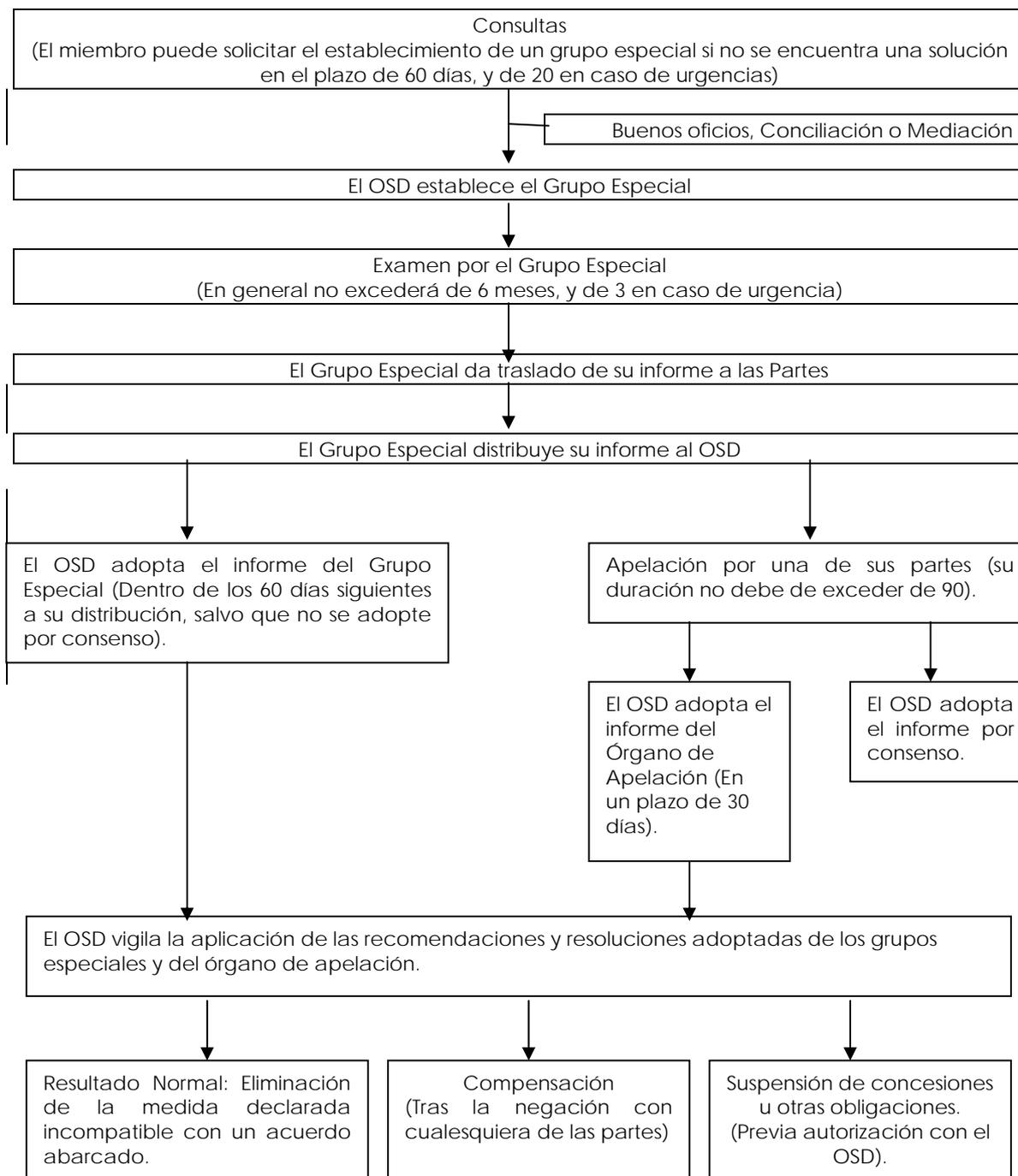
<sup>79</sup> Fue suscrito por: Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Uruguay; y posteriormente por Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia.

Los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración suscribieron, el 3 de mayo de 1994, el Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980, que dispone la extensión inmediata e incondicional a todos los países miembros de las "...ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos".

Mediante dicho protocolo se otorgó una suspensión del artículo 44, por cinco años, renovables hasta por otros cinco años; y dos años para efectuar negociaciones bilaterales, cuando se solicite por los países con el argumento de que sus flujos comerciales se afectan por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; y se establece, por primera vez, un medio para solucionar controversias, a través de un grupo independiente de conciliación y arbitraje. Éste fue el origen de los tratados de libre comercio que hasta hoy en día México ha signado con los países de Latino América.

Del 9 al 11 de diciembre de 1994, se celebró en Miami la Cumbre de las Américas, donde se acordó el establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) antes del año 2005, y que actualmente se encuentra en negociación.

Cuadro 1. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC<sup>80</sup>



<sup>80</sup> PATIÑO MANFFER, Ruperto, Participación de México en la Organización Mundial de Comercio, en REYES DÍAZ, Carlos Humberto (Coordinador), Temas Selectos de Comercio Internacional, , Temas Selectos de Comercio Internacional, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 301.

## CAPÍTULO II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.

La política exterior en México en los albores de la Independencia, fue meramente sobrevivir como nación; después, mantener la integridad territorial del país; a la vuelta del siglo, modernizarnos mediante la inversión extranjera sin convertirnos en una colonia; durante la Revolución y después, además de tratar de recobrar nuestros recursos naturales, procuramos defender externamente la reforma agraria y otras transformaciones económicas y sociales hondamente sentidas por el pueblo, que generó la Revolución; después de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de los estrechos límites impuestos por la bipolarización del poder y la guerra fría, intentamos mantener un mínimo de independencia política y promover externamente el acelerado crecimiento económico del país en las décadas de los cincuenta y sesenta.<sup>81</sup>

Durante la administración del Lic. Carlos Salinas de Gortari se cumplimentó el cambio iniciado en la época del Lic. Miguel de la Madrid, quien comenzó a desarmar el ineficiente e improductivo aparato estatal que se creó siguiendo el modelo populista y paternalista imperante en los 70. Así nació un nuevo esquema de desarrollo basado en políticas neoliberales que consideraban mecanismos de economía de mercado como la mejor opción para lograr crecimiento con estabilidad. El último mes de la administración del Lic. José López Portillo significó el fin de una época y marcó el inicio de otra, la del neoliberalismo, la globalización económica y el libre mercado. México no tuvo muchas alternativas en este nuevo contexto mundial. Sólo había dos opciones: unirse, participar y aprender a jugar conforme a las nuevas reglas, o cobijarse en el proteccionismo y aislamiento que acababa de probar su ineficacia. Donde México si tuvo opción

---

<sup>81</sup> CASTAÑEDA, Jorge, En busca de una posición ante Estados Unidos, en ACEVEDO GARAT, Miguel et. Al, El Comercio Exterior de México, Ed. Siglo 21 editores, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, y la Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Tomo III, México, 1982, p. 221.

fue en determinar la forma y velocidad con la que se uniría al nuevo esquema.<sup>82</sup>

En un período relativamente corto, México dio un salto a la modernidad y suscribió, durante la presidencia del Lic. José López Portillo, el Tratado de Montevideo constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en 1980; durante la gestión del Lic. Miguel de la Madrid, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o GATT, en 1986; y en 1992 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte siendo nuestro presidente el Lic. Carlos Salinas de Gortari.<sup>83</sup>

A partir de 1983, el Gobierno Mexicano decidió en atención a la Carta de Intención suscrita con el Fondo Monetario Internacional en noviembre de 1982, llevar a cabo una revisión de los sistemas de protección arancelaria, eliminando los sistemas de permisos previos y sustituyéndolos por aranceles, los que resultan ser de carácter libre cambista debido a lo bajo de éstos, del 10 al 20 por ciento de su valor. El sistema que instrumentó la referida apertura al exterior fue el Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior, PRONAFICE, en agosto de 1984, el cual ya plantea la eliminación de los subsidios a las exportaciones, pero no así a las importaciones. La sustitución de permisos previos por aranceles, los subsidios sólo a las importaciones y ajustes a los créditos preferenciales a las mismas, limitados por criterios internacionales. En el Memorandum de Entendimiento Comercial México- Estados Unidos<sup>84</sup> que instrumentó e institucionalizó la apertura comercial de México, y donde acordó la eliminación de subsidios a las exportaciones y el compromiso de limitar el otorgamiento de financiamientos preferenciales a las exportaciones.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> PALACIOS LUNA, Manuel R., *El Derecho Económico en México*, Ed. Porrúa, 6ª ed, México, 1996, p. XXI y XXII.

<sup>83</sup> REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Comercio Internacional-Jurisdicción Concurrente en Materia de Prácticas Desleales*, Ed. Porrúa, México, 2007, p. XV.

<sup>84</sup> Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 1985.

<sup>85</sup> VILLAREAL CORRALES, Lucinda, *TLC Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001*, Ed. Porrúa, México, 3ª. ed., 2001, p. 11.

Dichos cambios llevaron a la celebración, no sólo del TLCAN sino de once tratados de integración económica que México suscribió, los cuales encuentran su fundamento interno en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley sobre celebración de tratados, en la Ley de Tratados en Materia Económica, en La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en la Ley del Servicio Exterior Mexicano y en el Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Y a nivel internacional en la Convención de Viena de 1969, en la Convención de Nueva York y en la Convención de Panamá, a los que a continuación haremos referencia.

## **1. Disposiciones constitucionales.**

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los artículos que hacen referencia a los tratados internacionales, y por tanto son la norma suprema en la materia, son los siguientes:

El artículo 89 dispone en su fracción X, que dentro de las facultades y obligaciones del Presidente se encuentra la de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. Así mismo, el artículo 76 en su fracción I dispone que es facultad exclusiva del Senado la de analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.

Esta facultad exclusiva del Senado proviene de los autores de la reforma de 1874 que adoptaron el principio general de distribución de funciones de las Cámaras, consistente en dotar a la Cámara de Diputados de las facultades que

afectan inmediata y directamente al individuo como individuo, que es lo que constituye el elemento popular y a la de Senadores de las que inmediata y directamente afectan el interés colectivo de los Estados, que es lo que constituye el elemento federativo.<sup>86</sup> El constituyente de 1917 estableció que la aprobación de los tratados internacionales debía hacerla el Congreso de la Unión, y a raíz de la reforma mencionada ahora solo compete al Senado de la República por lo cual la Cámara de Diputados en varias ocasiones se ha pronunciado por intervenir en la celebración de los tratados internacionales sin que su petición haya prosperado.

En el artículo 117 se establece la prohibición expresa de celebrar tratados a los Estados de la Federación, al disponer en su fracción I que no pueden en ningún caso celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las Potencias extranjeras.

El **artículo 133** de la Constitución es el fundamento principal de los tratados, al establecer que la "...Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados **que estén de acuerdo con la misma**, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

De conformidad con dicho precepto no se requiere incorporar a las diversas leyes las obligaciones así contraídas, por lo que automáticamente se consideran como obligatorias. Los tratados de libre comercio que México ha celebrado son del tipo de los que no siendo auto-ejecutivos requieren solamente, para ser incorporados a la legislación interna, de ser promulgados mediante

---

<sup>86</sup> LÓPEZ – BASSOLS, Hermilo, Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2003, p. 42.

decretos administrativos emitidos por el propio Poder Ejecutivo; son muy parecidos a los *self executing americanos*, y las diferencias entre ambos son mínimas.<sup>87</sup>

El estudio del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, requiere analizar sus antecedentes en las diferentes constituciones. El artículo 132 (actualmente 133) de la Constitución de 1917 tiene su origen en el artículo 126 de la Constitución de 1857, el cual a su vez se adoptó de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Al igual que en la constitución estadounidense, el artículo 126 de la Constitución mexicana de 1857, establecía el principio de supremacía constitucional. Por su parte, el texto original del artículo 133 de la Constitución de 1917 ha sido reformado en una ocasión, en el año de 1934, cuando se realizaron tres cambios, dos de forma y uno de fondo, para quedar como se encuentra actualmente. Los cambios al texto constitucional consistieron en lo siguiente: a) se sustituyeron los vocablos "hechos y que se hicieren" por "celebrados y que se celebren", en referencia a los tratados internacionales; b) se precisó que los tratados deben "estar de acuerdo con" la Constitución, a efecto de considerarlos ley suprema de toda la Unión; y c) se sustituyó al Congreso en la función de aprobar los tratados internacionales y se concedió al Senado. La aprobación de los tratados internacionales por el Senado y no por el Congreso como lo establecía el artículo 133 antes de la reforma de 1934, plantea entre otros problemas el de la existencia de tratados sobre materias reservadas al Congreso, que pueden contravenir leyes federales expedidas por el propio Congreso.<sup>88</sup>

El artículo 15 de la Carta Magna dispone que no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el

---

<sup>87</sup> CRUZ BARNEY, Oscar, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 52.

<sup>88</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 69 A 72.

delito la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano.

Es preciso aclarar que un tratado internacional, independientemente de la materia que trata, sigue el mismo procedimiento para su aprobación por el Estado mexicano. Por lo tanto no puede desprenderse una distinta jerarquía en atención a su materia.

En el artículo 27 fracción primera constitucional esta contenido lo que se conoce como la cláusula calvo, al disponer en la primera prescripción referente a la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación que sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas y que "...El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo...". Esta disposición se contraviene al otorgar un trato preferente a los extranjeros inversionistas, en el sentido de que tienen acceso a un mecanismo para solucionar las controversias que surjan en relación con sus inversiones con fundamento en el Apartado B Capítulo XI del TLCAN, no como los inversionistas nacionales que únicamente tienen derecho a los mecanismos internos de solución de diferencias.

El artículo 104 de nuestra Carta Magna, que establece lo que compete a los Tribunales de la Federación, en su fracción III establece que les corresponde conocer de las controversias en que la Federación fuese parte; por lo que también dicho precepto constitucional se ve afectado por el Capítulo XI

Apartado B del TLCAN pues el mecanismo para solucionar controversias en materia de inversión implementado en dicho tratado versa precisamente sobre controversias en las cuales la Federación es Parte, es decir México como país es el demandado.

Tratándose de la regulación propiamente del comercio exterior en México, aunque tenemos diversas disposiciones aplicables, en el artículo 73 fracciones IX, X Y XXIX se mencionan como facultades del Congreso la de impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones, la de legislar en toda la República sobre comercio y para establecer contribuciones sobre el comercio exterior respectivamente.

Así mismo, en el artículo 117 fracciones IV, V, VI Y VII se prohíbe a los Estados, gravar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio; prohibir ni gravar, directa ni indirectamente la entrada y salida de mercancía nacional o extranjera; gravar la circulación ni el consumo de efectos nacionales o extranjeros, con impuestos o derechos cuya exención se efectúe por aduanas locales, requiera inspección o registro de bultos, o exija documentación que acompañe la mercancía; ni expedir, ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuesto o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras, ya sea que estas diferencias se establezcan respecto de la producción similar de la localidad, o ya entre producciones semejantes de distinta procedencia.

El fundamento principal de dicha materia de la regulación en materia de comercio exterior es el **artículo 131** constitucional que dispone lo siguiente:

“Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera

que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar; disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año. Someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

Podemos afirmar que el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión, con fundamento en el apartado B del capítulo XI del TLCAN, es inconstitucional en México, ya que contraviene lo dispuesto en los artículos 27 fracción I y 104 fracciones III constitucionales. Con fundamento en el artículo 27 fracción I constitucional se contraviene al precepto constitucional al otorgar un derecho de acción a los extranjeros respecto de inversiones en México, siendo que en virtud de dicha disposición se les concede la capacidad de adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación siempre que convengan en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos bajo la pena de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieran adquirido, de conformidad con este precepto al considerarse como nacionales las controversias que surjan por sus inversiones en nuestro país deberían dirimirse en las instancias internas tal como cualquier nacional. En relación con el artículo 104 fracción III constitucional es inconstitucional porque en dicho precepto se dispone que corresponde a los tribunales de la federación conocer de las controversias en que la Federación fuese parte, y en el mecanismo que se implementó en el

tratado participa directamente la Federación como Parte demandada.

## 2. Legislación interna aplicable

En cuanto a la celebración de tratados internacionales encontramos diversas disposiciones internas que son aplicables, que van desde las autoridades que deben intervenir en su negociación y aprobación, las materias respecto de las cuales versan, los procedimientos para su creación o propuesta.

### 2.1. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal<sup>89</sup>

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal es reglamentaria de las funciones otorgadas al Poder Ejecutivo de la Unión. En su artículo 27 fracción XXXI, establece como facultad de la Secretaría de Gobernación la de compilar y sistematizar las leyes y tratados internacionales, con objeto de proporcionar información a través de los sistemas electrónicos de datos.

El artículo 28 de dicha Ley dispone que a la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos relacionados con la materia que nos ocupa:

I. Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior, de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados,

---

<sup>89</sup> Publicada en el D.O.F. el 29 de diciembre de 1976. Se reformó por última vez el 30 de noviembre de 2000.

acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.

En el artículo 43 de la misma ley se otorga a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal el dar opinión al Presidente de la República sobre los proyectos de tratados a celebrar con otros países y organismos internacionales. Vale la pena destacar que en esta ley no se establecen facultades expresas en la materia para la Secretaría de Economía, que es una de las entidades gubernamentales que tiene mayor ingerencia en el funcionamiento en concreto de diversos procedimientos cuyo fundamento son los Tratados de Libre Comercio signados por nuestro país.

## **2.2. Ley sobre Celebración de Tratados.<sup>90</sup>**

Esta Ley consta de once artículos, se promulgó en los momentos en que se negociaba el TLCAN y tenía como finalidad la de asegurar y proteger a las inversiones extranjeras en México. Este ordenamiento presenta deficiencias notables tanto en su redacción como en su contenido dado que copió disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; creó instituciones sin fundamento constitucional, como son los acuerdos interinstitucionales que no están consagrados en el texto de la Ley Fundamental; y tampoco estableció procedimientos para su elaboración y su adopción, aunque existe una "Guía para la conclusión de Tratados y Acuerdos Interinstitucionales en el Ámbito Internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados" redactado en 1992 por la Secretaría de Relaciones Exteriores, pero no satisface los requerimientos mínimos y no tiene las características de una ley.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

<sup>91</sup> LÓPEZ – BASSOLS, Hermilo, Op. Cit., p. 45.

Entre los artículos que destacan de esta ley, se encuentra el artículo 1º en el que establece que "...tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismo descentralizados de la Administración Pública Federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

Para que un tratado internacional exista, por definición debe ser celebrado por sujetos de derecho internacional público, básicamente Estados, organismos internacionales y sujetos de otra naturaleza que se valoren de forma homóloga a los dos anteriores. Así, es lógico concluir que no pueden considerarse tratados los acuerdos entre Estados y personas particulares; o entre sujetos de derecho privado de distintos Estados. En adición a esta interpretación, y con el fin de dotar de suficiente certeza jurídica y de evitar situaciones confusas en la celebración de acuerdos interinstitucionales entre entes de la administración pública federal y sus homólogos de otros países, en México se promulgó esta ley.<sup>92</sup>

Para los efectos de la ley en comento, tal y como lo establece en su artículo 2, se entenderá por Tratado: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos. Y por Acuerdo Interinstitucional: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u

---

<sup>92</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 98 y 99.

organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente aprobado.

Ante la triple consignación constitucional de que los tratados internacionales sean aprobados por el Senado de la República, en los citados artículos 76, 89 y 133 constitucionales, es incomprensible que la Ley sobre la Celebración de Tratados pretenda que no haya aprobación del Senado, en unos tratados internacionales a los que llama, para soslayar esa aprobación "acuerdos interinstitucionales". Así mismo atenta contra el artículo 117 constitucional que en forma clara y expresa prohíbe a los Estados la celebración de alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con potencias extranjeras, al permitir que los acuerdos interinstitucionales se celebren por una dependencia u organismos descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal. Esto es atentatorio contra la Constitución y es muy preocupante, no sólo porque se desacate nuestro documento supremo, sino porque atomiza al país frente al exterior y porque puede dar pábulo a que esas dependencias comprometan a nuestro país.<sup>93</sup>

El artículo 4º de la Ley al igual que el 133 constitucional, señalan que los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado que estén de acuerdo a la constitución y publicados en el DOF, son ley suprema de toda la unión y serán de cumplimiento obligatorio en el territorio nacional. Es claro que México aplica el método "directo" de incorporación o adopción de la norma de derecho internacional a su derecho interno, ya que ni en la Constitución, ni en ningún otro ordenamiento jurídico como ya habíamos mencionado en el análisis de las disposiciones constitucionales, se establece algún requisito adicional a los señalados, como un acto legislativo o alguno otro, para que los tratados internacionales sean de observancia obligatoria en nuestro

---

<sup>93</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos, Una voz ciudadana, Ed. Escuela Libre de Derecho de Puebla A.C., México, 1994, p. 203 y 204.

país.<sup>94</sup>

En su artículo 7º establece que las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, estatal o municipal deberán mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores acerca de cualquier acuerdo interinstitucional que pretenda celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. La Secretaría deberá formular el dictamen correspondiente acerca de la procedencia de suscribirlo y, en su caso, lo inscribirá en el registro respectivo.

### **2.3. Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.**<sup>95</sup>

Esta ley es reglamentaria del artículo 93 constitucional, tal como lo menciona en su artículo 1º, donde además agrega que es de orden público y que versa sobre las facultades constitucionales del Senado de requerir información a los secretarios de estado, jefes de departamento administrativo, así como a los directores de los organismos descentralizados competentes sobre la negociación, celebración y aprobación de tratados relacionados con el comercio de mercancías, servicios, inversiones, transferencia de tecnología, propiedad intelectual, doble tributación, cooperación económica y con las demás materias a que se refiere este ordenamiento cuando se relacionen con las anteriores.

Si bien es claro en la exposición de motivos de la iniciativa, así como del dictamen de las comisiones en ambas cámaras, que el fin fue fortalecer las herramientas con las que el Senado puede formarse un mejor criterio, ante la

---

<sup>94</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 78 y 79.

<sup>95</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 2004.

necesidad de aprobar o no un tratado internacional económico, con lo cual, desde luego estamos de acuerdo, nos parece que hay una gama de cuestiones de fondo y forma inadecuadas o al menos controvertibles.

En su artículo 2° dispone que se entenderá por tratados lo establecido por la Ley sobre la Celebración de Tratados. En su artículo 5 dispone que al inicio de cada período ordinario de sesiones, el Senado, a través de las comisiones competentes, requerirá un informe a las Secretarías de Estado y a cualquier organismo de la administración pública federal que represente a México sobre el inicio de negociaciones formales de un tratado. Dicho informe, con fundamento en su artículo 6, contará con una explicación amplia y detallada de los beneficios, alcances y compromisos que se obtuvieron en la negociación; y las normas legales y administrativas que tendrían que modificarse de acuerdo con el tratado. Tal como lo dispone su artículo 7°, con base en la información que se obtenga de dichos informes el Senado de la República emitirá si lo considera necesario, un Punto de Acuerdo, relativo al contenido del informe.

Conforme al artículo 11ª de dicha ley sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanas y sindicales podrán emitir su opinión ante el Senado de la República, y éste a su vez podrá según el artículo 12 de la ley en comento, a través de sus comisiones, escuchar y tomar en cuenta las propuestas que le hagan llegar o que presenten los Gobiernos y Congresos Locales.

Entre las críticas más relevantes a la Ley sobre Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica encontramos que:

I. Parece prejuzgar sobre cuándo los tratados respetan la constitución, facultad del Poder Judicial Federal a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano garante de constitucionalidad en el país (art. 2);

II. Su ámbito material de validez es limitado, pues la facultad de aprobación de tratados del Senado es general, con lo cual, los requerimientos de transparencia y seguimiento de la política exterior deberían incluir cualquier materia (art. 1);

III. La variedad de contenidos indeterminados y de consecuente polémica conceptual puede ser una puerta abierta a controversias constitucionales entre el Presidente y el Senado (arts. 3, 4 y 5 como muestras).<sup>96</sup>

La ley en comento resulta poco útil, pues a la fecha de su entrada en vigor, México había suscrito los tratados internacionales que representan más del 90 por ciento de su intercambio comercial internacional, en donde se incluyen las materias a que se refiere la ley, y además hoy por hoy nos encontramos en la etapa de aplicación de esos tratados, por lo que es más urgente implementar los mecanismos transitorios allí establecidos para obtener un mayor beneficio nacional.<sup>97</sup>

#### **2.4. Ley del Servicio Exterior Mexicano y Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores.**

En la Ley del Servicio Exterior Mexicano encontramos un artículo que se refiere específicamente a la materia de los tratados, el 2° en sus fracciones IV y V, donde se dispone que corresponde al Servicio Exterior Mexicano intervenir en la celebración de tratados y cuidar el cumplimiento de los tratados de los que México sea parte y de las obligaciones internacionales que correspondan.

---

<sup>96</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 99.

<sup>97</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 92 Y 93.

La Ley del Servicio Exterior Mexicano constituye el fundamento por el cual este órgano de manera permanente representa al Estado, promueve y protege los intereses nacionales ante el resto de la comunidad internacional, haciendo necesaria su intervención en la celebración de tratados, lo cual asegurará que la tarea de México en la negociación y firma de los tratados se realice acorde y puntualmente con las disposiciones legales existentes.

En el Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores<sup>98</sup>, artículo 2° fracción IV, dispone que corresponde a dicha Secretaría intervenir en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones de los que el país sea parte. En su artículo 11° confiere como atribuciones al Consultor Jurídico de dicha Secretaría las siguientes:

VI. Tomar las medidas conducentes para el cumplimiento de la Ley sobre la Celebración de Tratados;

VII. Opinar sobre la procedencia de suscribir tratados, participar en su negociación y, en su caso, tramitar los plenos poderes correspondientes para la suscripción de los mismos;

VIII. Opinar sobre la conveniencia de modificar o denunciar tratados internacionales y realizar los trámites y gestiones apropiados para dar cumplimiento a los requisitos constitucionales para la entrada en vigor, modificación o denuncia de éstos, de conformidad con lo que establezca la legislación aplicable;

IX. Mantener el registro de los tratados internacionales celebrados por

---

<sup>98</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el de agosto de 2001 y modificado mediante Decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación el 11 de octubre de 2001, el 31 de julio de 2002, el 21 de agosto de 2002 y el 1° de noviembre de 2002.

México, así como de sus modificaciones o denuncias, y de los acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional celebrados por las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, así como por los gobiernos de los estados y municipios;

XI. Cumplir con los compromisos derivados de tratados internacionales, cuando haya sido designada como autoridad ejecutora;

XII. Emitir, para efectos administrativos, las interpretaciones de los tratados de los que México sea parte;

XIII. Vigilar y dar seguimiento a la instrumentación jurídica de los compromisos derivados de tratados internacionales;

XVI. Proporcionar la información de tratados que le sea requerida, de conformidad con las disposiciones aplicables y los lineamientos que establezca el Secretario.

Con dichas disposiciones se otorgaron diversas facultades a la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores que anteriormente estaban encomendadas a otras direcciones de la propia cancillería, hoy desaparecidas. Así mismo, el reglamento corrigió la falta de uniformidad en cuanto a la terminología para designar a los tratados, empleando únicamente los términos de tratados y acuerdos interinstitucionales.<sup>99</sup>

Ante todos los cambios y adaptaciones jurídicas por la incursión de nuestro país en una nueva política de apertura comercial internacional y la suscripción de diversas convenciones sobre cooperación internacional en materia procesal que

---

<sup>99</sup> LÓPEZ – BASSOLS, Hermilo, Los nuevos desarrollos del derecho internacional público y casos prácticos de derecho internacional, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2008, p. 86.

inciden necesariamente en el procedimiento arbitral, con el propósito de armonizar al derecho procesal nacional en enero de 1988 se reformaron tanto los Códigos de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, como al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de tal manera que tanto litigantes como juzgadores tuviesen certeza en los instrumentos jurídicos que manejasen al ocuparse de juicios y arbitrajes nacionales y extranjeros.<sup>100</sup>

### **3. Tesis jurisprudenciales sobre la jerarquía de los tratados internacionales.**

Sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional desde hace ya hace bastante tiempo ha existido una controversia dogmática sobre la jerarquía que debe tener cada uno, y en la que existen tres posturas fundamentales: la teoría del dualismo, donde el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos que existen de manera independiente el uno del otro; la teoría monista con primacía del derecho internacional que considera que el derecho internacional y el derecho nacional son elementos interdependientes de un sistema en el que se da primacía al derecho internacional; y la teoría monista con primacía del derecho interno, la cual subordina la validez del derecho internacional por completo a la soberanía del derecho de los Estados, en forma individual. Hoy en día en la práctica prevalece un dualismo moderado, donde el derecho internacional y el derecho nacional, respectivamente, tienen vida propia.<sup>101</sup>

El sistema norteamericano está contenido, claramente, en el párrafo

---

<sup>100</sup> CRUZ BARNEY, Oscar, Op. Cit., p. 53.

<sup>101</sup> HERDEGEN, Matthias, Derecho Internacional Público, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Honrad Adenauer, México, 2005, p. 166 y 167.

segundo del artículo 6° de la Constitución de los Estados Unidos de América, cuyo texto dispone literalmente: “La presente Constitución, así como las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se hicieren, y todos los tratados celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la suprema ley del país”. Es una adopción de la tesis monista nacionalista. Si el tratado internacional celebrado por los Estados Unidos de América no se opone a la Constitución norteamericana, ni a sus leyes internas, será ley suprema.

Con inspiración en el dicho artículo en el artículo 126 de la Constitución Mexicana de 1857 se plasmó lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”. En cuanto a la Constitución de 1917, el texto original es una reproducción fiel del ya transcrito artículo 126 de la Constitución de 1857. Hoy en día, a partir de la reforma publicada en el DOF el 18 de febrero de 1934, no es ya el Congreso de la Unión quien aprueba los tratados, es el Senado de la República. La otra transformación del precepto nos permite advertir que, para que los tratados internacionales tengan la calidad de ley suprema, es menester que estén de acuerdo con la Constitución.<sup>102</sup>

En México el Poder Judicial ha emitido a lo largo de la historia diversas determinaciones en las que ha adoptado posturas distintas, así tenemos que en los catorce amparos en revisión que fueron resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación devolvieron las discusiones sobre el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano. Aquí es precisamente donde radica la mayor desventaja de no tener un texto constitucional claro,

---

<sup>102</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos, Op. Cit., p. 161.

puesto que la interpretación de la Corte tampoco ha sido uniforme en sus Épocas, lo que demostrará en otro sentido, que el derecho internacional y la percepción que de él se tiene, en tanto derecho, se adecua a las necesidades de una interpretación evolutiva y no histórica.<sup>103</sup>

Sin hacer mención específica a la jerarquía de los tratados internacionales, el Pleno de la Corte resolvió el 6 de enero de 1920 que "La sociedad y el Estado están interesados en el exacto cumplimiento de los tratados internacionales, por lo que no debe concederse la suspensión contra los actos de ejecución de esos tratados"<sup>104</sup>. Quince años más tarde y todavía en la Quinta Época la corte estableció la jerarquía en el sistema de normas, al decir que "el orden jurídico descansa en la aplicación de las leyes, y éstas también obedecen a un orden jerárquico que tiene por cima la constitución, las leyes que de ella emanan y los tratados internacionales; en este concepto, todas las leyes del país, bien sean locales o federales, deben subordinarse a aquellas leyes en caso de que surja un conflicto en su aplicación"<sup>105</sup>.

Por último en esta Quinta Época la Corte fue contundente al establecer que los tratados internacionales, mediante el procedimiento que la Constitución establece para su celebración, son parte del derecho interno. No necesitan de otro acto que les permita incluirse en el derecho nacional, apenas terminado el procedimiento establecido, incluida la publicación en el DOF, son considerados con fuerza de ley. No se dice que los tratados internacionales tengan rango legal en el sistema jurídico mexicano sino que adquieren obligatoriedad para todas las autoridades legislativas, judiciales y administrativas, como si fueran una ley.<sup>106</sup> Y no

---

<sup>103</sup> ESTRADA ADÀN, Guillermo Enrique, Ubicación Jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano, en REYES DÌAZ, Carlos Humberto (Coordinador), Temas Selectos de Comercio Internacional, , Temas Selectos de Comercio Internacional, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 85 a 88.

<sup>104</sup> Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Parte VI, p. 43, Incidente.- Gordon Ben. 6 de enero de 1920.

<sup>105</sup> Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Parte LXXXIV, p. 2156.

<sup>106</sup> Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Pleno, Parte XXII, p. 577.

una ley cualquiera, ya que mientras estos no vayan en contra de la Constitución, su aceptación significa que se constituirán en ley suprema de toda la Unión; o sea, los tratados son normas internas de aplicación nacional, igual que la constitución no siendo contrarias a ésta son normas que tienden a desarrollar varios temas y conceptos incluyendo algunos no previstos originalmente.<sup>107</sup>

En la Sexta Época sobresale un criterio donde se ratifica el principio de que la Ley Suprema de toda la Unión corresponde a la Constitución, tratados internacionales y leyes emanadas del Congreso. No hay duda, por encima de todo el derecho federal y local se encuentran la Ley Suprema de toda la Unión.<sup>108</sup> La historia de las tesis del Poder Judicial respecto de los tratados internacionales y su jerarquía, encuentran un claro manejo hasta 1981, cuando, si bien no fue el máximo tribunal jurisdiccional mexicano, sino el Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, quien resolvió que el artículo 133 constitucional no establece preferencia respecto de los tratados internacionales y las leyes del Congreso de la Unión.<sup>109</sup>

El mismo Tribunal Colegiado estableció que son la Ley Suprema de toda la Unión, en conjunto, la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes del Congreso, sin especificar un criterio de jerarquía.<sup>110</sup>

El Pleno de la Corte, en la Octava Época<sup>111</sup>, decidió que las leyes federales

---

<sup>107</sup> VILLAROEL VILLAROEL, Darío, Derecho de los Tratados en las Constituciones de América, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 422.

<sup>108</sup> Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Parte XCVIII, p. 61.

<sup>109</sup> Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Parte 151-156, Sexta Parte, p. 196, AR 256/81, C.H. Boehring Sohn, 9 de julio de 1981, unanimidad de votos, ponente Genaro David Góngora Pimentel.

<sup>110</sup> Semanario Judicial de la Federación, Tribunales colegiados de Circuito. Parte: 151-156, Sexta Parte, p. 195.

<sup>111</sup> Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo 60, Diciembre de 1992, Tesis PC/92, p. 27, AR 2069/91, 30 de junio de 1992, mayoría de quince votos, ponente Victoria Adato Green, secretario Sergio Pallares y Lara.

y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa, por lo que no puede una norma de igual jerarquía determinar la inconstitucionalidad de la otra, no se pronunciaron respecto a la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales ni viceversa, toda vez que declaran la existencia de un plano de igualdad jerárquica entre ambas figuras legales. El Pleno habla de leyes federales aludiendo a las leyes constitucionales, que más tarde denominaría generales y que son reglamentarias de un precepto constitucional. Así el asunto estaba más o menos solucionado en donde el sistema jurídico mexicano tenía tres niveles jerárquicos: la Constitución, las leyes federales y tratados internacionales, y legislaciones federal y local.

El criterio innovador de la Corte se presentó, por mucho, en la Novena Época, en Noviembre de 1999.<sup>112</sup> Con motivo de un amparo en revisión promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo la Suprema Corte de Justicia de la Unión, sesionando en pleno, resolvió que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado contradice lo establecido por el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo. Al resolver que una norma de derecho interno contradice otra de carácter internacional, llamada también de derecho interno en virtud del procedimiento mexicano de recepción de derecho internacional, y además la Corte resuelve en sentido contrario a su tesis más reciente en cuanto al sistema de jerarquía de normas, dirigiendo su análisis en sentido opuesto al anterior pero acorde, dicen algunos, a las necesidades del mundo globalizado.<sup>113</sup>

El pleno resolvió por unanimidad la tesis jurisprudencial donde establecieron que la Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental

---

<sup>112</sup> En la Ejecutoria del amparo en revisión 1475/98 Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de 10 votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

<sup>113</sup> ESTRADA ADÀN, Guillermo Enrique, Op. Cit., p. 98.

y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.<sup>114</sup>

Se ha considerado de una forma muy acertada que esta tesis es errónea, por las siguientes razones. En la práctica un tratado puede tener efectos derogatorios sobre una ley federal, aprobada por el Congreso, o un decreto, expedidos ambos con anterioridad o con posterioridad, este último supuesto contraviene el principio de *Lex posteriori derogat priori*, por lo que podría darse el caso de que una ley federal o un decreto nazcan “derogados o abrogados”, si contravienen un tratado. Además, esta tesis coloca al Estado mexicano en un plano de desventaja respecto al alcance de las obligaciones contraídas con otras naciones, como es el caso de los Estados Unidos, país que adquiere la mayoría de sus compromisos a nivel internacional, a través de los denominados “Congressional Executive Agreement” (CEA) y no mediante *Treaties*. Aunque la Convención de Viena establece que en caso de contradicción entre una ley interna y un tratado prevalece éste último, en México actualmente no hay un criterio obligatorio al respecto; ya que no existe jurisprudencia sobre el particular, aún cuando la práctica de México ha sido en el sentido de cumplir los tratados internacionales.<sup>115</sup>

Sin embargo hoy prevalece el último criterio jurídico de la corte, ya que pese a no ser jurisprudencia se confirmó la tercera tesis de la Suprema Corte de Justicia en la materia en el mismo sentido, al afirmar que los tratados internacionales son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. En la medida que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto

---

<sup>114</sup> Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis p. LXXVII/99, p. 46.

<sup>115</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Op. Cit.*, p. 75 a 77.

en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.<sup>116</sup>

#### **4. La Convención de Viena de 1969.**

Para lo meramente interno, en México, podrá regir el artículo 133 constitucional pero para lo internacional, respecto a nuestro país, rige la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, promovida por la Organización de las Naciones Unidas. El día 23 de mayo de 1969, el Plenipotenciario mexicano, debidamente autorizado para ello, firmó, ad referendum, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>117</sup>

La Convención, en su artículo 84, dispuso que entraría en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión. Tal requisito se cumplió el 20 de enero

---

<sup>116</sup> Amparo en revisión 120/2002, Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007, Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. El Tribunal en pleno, el veinte de marzo de 2007 aprobó con el número IX/2007, dicha tesis aislada.

<sup>117</sup> La Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó la citada Convención el 29 de diciembre de 1972, según Decreto publicado en Diario oficial de 28 de marzo de 1973. El Ejecutivo de la Unión ratificó la Convención el 5 de julio de 1974 y se efectuó el depósito del Instrumento de Ratificación respectivo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, el día 25 de septiembre de 1974 y el Decreto de promulgación de la repetida Convención se publicó en Diario Oficial de 14 de febrero de 1975.

de 1980, por lo que esta en vigor a partir de esta última fecha. Es preciso aclarar que Estados Unidos de América no es Estado Parte de dicha Convención.

Hasta antes de la entrada en vigor en 1980 de la Convención, la norma que tradicionalmente regía esta disciplina del Derecho Internacional Público era básicamente la costumbre internacional. A pesar de su importancia en el sistema normativo internacional, la Convención de Viena naturalmente no busca regular el contenido material de ningún tratado, sino solamente algunos elementos comunes a ellos, como su celebración, entrada en vigor, observancia, aplicación e interpretación, enmienda y modificación, nulidad, terminación y suspensión de los mismos. En este orden de ideas, de acuerdo a la propia Convención de Viena podemos afirmar que la estructura específica, el contenido y la incidencia en las relaciones internacionales de cualquier tratado, es entera obra de la libertad soberana de cada Estado.<sup>118</sup>

Fue elaborada por una conferencia internacional reunida en Viena, sobre la base de un proyecto preparado, durante más de quince años de trabajo, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Su objetivo fue codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y, además, desarrollarlo progresivamente.

La Convención en estudio desde su denominación utiliza el término tratado y lo define en su artículo 2° párrafo 1 inciso a, como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos anexos y cualquiera que sea su denominación particular. Recoge la costumbre internacional de identificar como tratado el acuerdo o pacto escrito entre Estados, lo que nos lleva a la conclusión de que si bien las denominaciones pueden llegar a tener gran relevancia en la legislación nacional, dentro del derecho internacional, todas las

---

<sup>118</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 98 y 148.

denominaciones son consideradas tratados, en tanto se refieran a acuerdos escritos entre Estados.<sup>119</sup>

Sólo los representantes del Estado debidamente acreditados podrán intervenir en la negociación de un tratado del que vaya a formar parte ese Estado. Dichos representantes deberán contar con los plenos poderes, tanto para negociar el tratado, como para firmarlo. El artículo 7ª de la Convención excluye a ciertas personas del requerimiento de los plenos poderes por ser los legítimos representantes de un Estado en virtud del derecho internacional, estos son los jefes de Estado y Misión Diplomática y los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional u organización internacional o uno de sus órganos tratados en tal conferencia u organización.

El artículo 26 de la Convención de Viena formalizó el principio de derecho internacional "Pacta sunt servanda", al disponer que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Así mismo, recoge cinco principios generales de derecho, a saber: buena fe (artículos 26, 31 y 62); consentimiento (artículos 34 y 30); Pacta sunt servanda (artículos 26, 64 y 62); Favor contractus (establece el principio de favorecer que el tratado no termine, artículos 55 y 74); y Rebus sic stantibus (cambio fundamental de las circunstancias, artículos 62 y 73).

México no está en aptitud de argumentar razones derivadas de su Derecho interno para evadir los deberes de un tratado internacional determinado pues, según el artículo 27 de la multicitada Convención, está impedido para hacerlo. La única vía de escape, muy limitada por cierto, al rigor de la minimización del Derecho interno está en el artículo 46 que dispone que "...el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado

---

<sup>119</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Derecho de los Negocios Internacionales – Arbitraje Internacional TLCAN, América Latina, CIADI, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 60.

en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.<sup>120</sup>

## 5. La Convención de Nueva York<sup>121</sup> y la Convención de Panamá<sup>122</sup>.

El marco jurídico del arbitraje comercial internacional entre particulares propiamente, está conformado por dos grandes pilares que desempeñan un papel distinto, pero complementario: la Convención de Nueva York y la *lex arbitri*. Los redactores de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, conocida como la Convención de Nueva York, buscaron crear un documento que diera efectividad internacional al arbitraje.<sup>123</sup>

La Convención de Nueva York se adoptó en Nueva York en junio de 1958, esta en vigor desde el 7 de junio de 1959, su nombre oficial es Convención para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Destaca no sólo por el hecho de que sus soluciones son de gran técnica jurídica, breves y de fácil comprensión, sino porque ha sido de aceptación generalizada en la comunidad internacional, al grado de que para principios de 2005 se había

---

<sup>120</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos, Op. Cit., p. 166-170.

<sup>121</sup> Fue aprobada el 15 de octubre de 1970 y promulgada por el ejecutivo el 1° de junio de 1971. Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 1971.

<sup>122</sup> Promulgada según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978.

<sup>123</sup> GONZALEZ DE COSSIÓ, Francisco, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 160.

ratificado por la mayoría de los países del mundo.<sup>124</sup>

Aunque la Convención de Nueva York fue preparada por las Naciones Unidas antes de que se creara la CNUDMI, la Comisión promueve la adopción del régimen de esta Convención como parte integrante de su programa de trabajo. Dicha Convención está reconocida como uno de los instrumentos fundacionales del arbitraje internacional, y su texto exige que todo foro judicial competente de un Estado contratante ante el que se interponga una acción concerniente a una cuestión que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje o de una cláusula compromisoria remita dicha causa a arbitraje, al tiempo que dicho foro deberá también reconocer y dar fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado, a reserva de ciertas excepciones de limitado alcance.

La Convención de Nueva York dispone en forma destacada que cualquier tribunal judicial competente de un Estado contratante ante el que se interponga una acción respecto a una controversia que haya sido objeto de un acuerdo arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje, al tiempo que dicho foro deberá también reconocer y dar fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado.

Lo anterior, aunado al afortunado principio que acompaña a la Convención de Nueva York desde su inicio, en el sentido de que la parte que resista la ejecución de un laudo arbitral deberá enfrentar una carga procesal inversa a fin de probar que no se cumplieron uno o más requisitos limitativamente señalados en la propia Convención, lo cual provocó que al día de hoy sea el instrumento sobre el cual descansa en gran medida el éxito del arbitraje comercial como medio global de solución de controversias.

Los actores en el intercambio comercial mundial reconocen las bondades

---

<sup>124</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 217.

de un marco jurídico uniforme y predecible que dé certeza a sus operaciones y al resultado de posibles conflictos que puedan surgir en el transcurso de dicho intercambio. Es ahí en donde la Convención de Nueva York interpreta un papel preponderante, fijando límites expresos para denegar la ejecución de un laudo y estableciendo la presunción de validez y obligatoriedad del mismo.

Luis Enrique Graham destaca los aspectos más relevantes de la Convención de Nueva York al afirmar que:

1. Se establece un criterio más preciso a favor de la internacionalidad del arbitraje. Para los efectos de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral extranjero, no se exigirán mayores requisitos que los que serían propios de un laudo nacional (artículo III);

2. Se dispone de un mecanismo FLEXIBLE, en relación con el perfeccionamiento del acuerdo arbitral. El ACUERDO POR ESCRITO, se puede acreditar ya sea en un documento firmado por las partes o contenido en un canje de notas o telegramas (artículo II, 2);

3. Se invierte la carga de la prueba, en relación con la existencia de una causa de denegación de ejecución del laudo. Este extremo tendrá que ser acreditado por el ejecutado (artículo V);

4. Se contempla posibilidad de que en el procedimiento de ejecución, se conceda una ejecución parcial del laudo (artículo V, 1, c);

5. Para incorporarse a la legislación interna, sólo requiere ser promulgado mediante un decreto administrativo, con la naturaleza y procedimientos propios de cada Estado.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Ed. Themis, México, 2000, p. 5 y 6.

Por otro lado la Convención de Panamá se adoptó en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975. Su nombre oficial es Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Fue suscrita por los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, con la finalidad de crear una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional. Tanto Estados Unidos como México son países signatarios de esta Convención, Canadá aun no se adhiere a la misma.

En la Convención de Panamá, se establece la validez del acuerdo arbitral en las diferencias surgidas por un negocio mercantil. Las partes en la controversia podrán nombrar a los árbitros para dirimir su controversia pero a falta de acuerdo se hará conforme al procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Así mismo, establece que la ejecución y reconocimiento de las sentencias o laudos arbitrales no impugnables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada salvo por casos excepcionales consagrados en su artículo quinto.

Tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá versan sobre supuestos de arbitraje comercial internacional pero provenientes de negocios mercantiles, los cuales generalmente son entre particulares, razón por la cual no es aplicable propiamente al tema que nos ocupa porque los medios de solución de controversias que se establecen en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte están dirigidos a las diferencias entre Estados, entre Estados e inversionistas, o contra resoluciones de autoridades estatales. Sin embargo era preciso mencionarlas porque son pilar importante en el arbitraje comercial internacional entre particulares ya que brindaron credibilidad y ejecutabilidad a dichos procedimientos.

## **6. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos y Canadá.**

El 12 de junio de 1991, después de más de un año de consultas y de trabajos preparatorios en México, Canadá y Estados Unidos, los secretarios de Comercio de los tres países iniciaron en Toronto, Canadá, las negociaciones formales del TLCAN.<sup>126</sup> La decisión del entonces presidente de la República Carlos Salinas de Gortari de negociar un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos, se anunció después de que el Senado de la República anunciara las conclusiones del reciente Foro Nacional de Consulta sobre las Relaciones Comerciales de México con el Mundo, en el cual se discutió intensamente en todo el país acerca de las opciones básicas con que contaba México para mejorar e incrementar su participación en los mercados internacionales.<sup>127</sup>

Las negociaciones para el TLCAN concluyeron en agosto de 1992. La rúbrica del texto negociado se presentó en septiembre de 1992 y el ejecutivo lo firmó el 17 de diciembre de ese mismo año. La aprobación por la Cámara de Senadores de México se produjo el 22 de noviembre de 1993, para entrar en vigor el 1° de enero de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993. El propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio.<sup>128</sup>

El TLCAN fue el inicio de la nueva política mexicana de apertura comercial y participación en los procesos de integración que eran ya una realidad en el

---

<sup>126</sup> ZABLUDOVSKY, Jaime, El proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 107.

<sup>127</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, ¿Hacia un acuerdo de libre comercio?, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 31.

<sup>128</sup> CRUZ BARNEY, Oscar, Op. Cit., p. 55.

mundo. Una vez concluido el mismo se negociaron tratados con diversos países del orbe, y al día de hoy México es signatario de los doce tratados que se mencionan a continuación y cuya finalidad es, en su mayoría, el establecimiento de una zona de libre comercio.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá<sup>129</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Colombia y Venezuela<sup>130</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Costa Rica<sup>131</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Bolivia<sup>132</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Nicaragua<sup>133</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Chile<sup>134</sup>.

Acuerdo entre México y la Comunidad Europea<sup>135</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel<sup>136</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Salvador, Guatemala y Honduras<sup>137</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio<sup>138</sup>.

Tratado de Libre Comercio entre la República Oriental del Uruguay y de los Estados Unidos

---

<sup>129</sup> Publicado en el DOF el 20 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. En lo sucesivo TLCAN.

<sup>130</sup> Publicado en el DOF el 9 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995. A partir del 19 de noviembre de 2006 Venezuela ya no participa en este Tratado, en lo sucesivo TLCMCV.

<sup>131</sup> Se publicó en el DOF el 10 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995, en lo sucesivo TLCMCR.

<sup>132</sup> Se publicó en el DOF el 11 de enero de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1995, en lo sucesivo TLCMB.

<sup>133</sup> Se publicó en el DOF el 1 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 1998, en lo sucesivo TLCMN.

<sup>134</sup> Se publicó en el DOF el 28 de julio de 1999 y entró en vigor el 1 de agosto de 1999, en lo sucesivo TLCMCH.

<sup>135</sup> Se publicó en el DOF el 26 de junio de 2000 y entró en vigor el 1 de julio de 2000. Forman parte de la Unión Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Bulgaria, República Checa, Rumania, Suecia, Bulgaria y Rumania, en lo sucesivo AMCE.

<sup>136</sup> Se publicó en el DOF el 28 de junio de 2000 y entró en vigor el 1 de julio de 2000, en lo sucesivo TLCMI.

<sup>137</sup> Se publicó en el DOF el 14 de marzo de 2001 y entró en vigor el 15 de marzo de 2001 con El Salvador y Guatemala y el 1 de junio de 2001 con Honduras, en lo sucesivo TLCMSGH.

<sup>138</sup> Se publicó en el DOF el 29 de junio de 2001 y entró en vigor el 1 de julio de 2001. La Asociación Europea de Libre Comercio está integrada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, en lo sucesivo TLCMAE.

Mexicanos<sup>139</sup>.

Acuerdo para el fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón<sup>140</sup>.

A partir del anuncio de los gobiernos de México y Estados Unidos de iniciar negociaciones conducentes a un TLC, también se inició el proceso para que el presidente estadounidense solicitara autorización a su Congreso para que, una vez negociado el TLC, éste pudiera ser aprobado sin enmiendas, bajo el procedimiento expedito denominado fast track, en lugar del normalmente utilizado para la aprobación de acuerdos comerciales que la legislación estadounidense prevé, el cual requiere que el presidente notifique al Congreso su intención de negociar con el exterior, una vez concluido el acuerdo, el presidente debe someter a la aprobación del Congreso el texto del mismo, y el paquete legislativo necesario para su instrumentación. Además de ser incierto y prolongado, el procedimiento usual permite al Congreso la modificación sustancial de lo pactado por el presidente de Estados Unidos con otras naciones soberanas, abriendo la posibilidad de que los países que concluyen acuerdos con Estados Unidos se vean expuestos a que el Congreso anule o modifique los términos negociados.<sup>141</sup>

El fast track, introducido en la legislación para la Expansión Comercial de 1974 (Trade Expansion Act)<sup>142</sup>, permite la consulta parlamentaria previa, simultánea y posterior a la firma del acuerdo internacional, pero en este el Congreso

---

<sup>139</sup> Se publicó en el DOF el 14 de julio de 2001 y entró en vigor el 15 de julio de 2004, en lo sucesivo TLECMU.

<sup>140</sup> Se publicó en el DOF el 31 de marzo de 2005 y entró en vigor el 1 de abril de 2005, en lo sucesivo AMJ.

<sup>141</sup> ZABLUDOVSKY, Jaime, Op. Cit., p. 111-112.

<sup>142</sup> Cuatro años más tarde, en la legislación comercial de 1979 (Trade Agreements Act) se renovó este procedimiento, y en la de 1984 (Trade and Tariff Act) se modificó el procedimiento fast track para extenderlo a negociar acuerdos bilaterales de libre comercio con otros países. En 1988 se promulgó la legislación de Comercio y Competitividad (Ómnibus Trade and Competitiveness Act) cuyo efecto sobre el procedimiento fast track consistió en renovar los términos o plazos en los que el presidente estaría facultado para negociar acuerdos comerciales e instrumentarlos a través de esta vía especial.

únicamente puede aprobar o desaprobar el acuerdo internacional en su totalidad, sin posibilidad de enmendar el texto. El 25 de septiembre de 1990, el presidente Bush notificó a los comités de Medios y Procedimientos y de Finanzas de las cámaras de Representantes y de Senadores, respectivamente, su intención de negociar un TLC con México. Esta notificación marcó el inicio de los sesenta días legislativos del fast track. El 27 de febrero de 1991 se cumplió el plazo sin que ninguno de los comités mencionados rechazara la solicitud, por lo cual automáticamente se autorizó la negociación con México.

Desde que las negociaciones para el TLCAN iniciaron se cuestionó sobre la diferencia en cuanto al agreement o convenio celebrado por Estados Unidos y Canadá y el Tratado celebrado por México. Ya que NAFTA (TLCAN) para los estadounidenses y canadienses significa North American Free Trade Agreement; en tanto que para los mexicanos es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. No es solo una diferencia terminológica como podría pensarse ya que para los estadounidenses, por tratarse de un agreement, puede ser negociado por el Ejecutivo e implementado por aprobación del voto mayoritario de ambas Cámaras (senadores y diputados), a diferencia de los tratados que requieren la ratificación de las dos terceras partes de los miembros del Senado con fundamento en el artículo II de EUA conocido como la Treaty clause. Para los mexicanos, por considerarlo un tratado, requiere de la aprobación de la Cámara de Senadores.

En la práctica del derecho norteamericano se ha reconocido la validez de "acuerdos" distintos a los tratados, entre los que se encuentran los Congressional Executive Agreements (CEA). La Constitución norteamericana no los menciona, sin embargo, se justifica su validez con base en una interpretación del Artículo I, Sección 10 de la propia Constitución, que establece una prohibición para que los Estados puedan participar en cualquier "agreement or compact". Mediante este instrumento el Presidente puede fácilmente evitar la "Treaty Clause" al enviar sus acuerdos internacionales como leyes (statutes) a la aprobación de la mayoría

simple del Congreso, en lugar de la aprobación de dos terceras partes del Senado.

La diferencia entre los tratados internacionales suscritos por México y los CEA de los Estados Unidos no es sólo de denominación, sino de carácter sustantivo que afecta negativamente a nuestro país, por las siguientes razones:

I) Los CEA son de aplicación indirecta, por lo que requieren de un acto de transformación mediante el cual el Estado incorpora la norma del CEA a su ley doméstica o nacional, mediante una implementation act, emitida por el Congreso, el que interpreta y clarifica el texto del "tratado". En cambio el tratado firmado por México es autoaplicativo o de aplicación directa, por lo que forma parte del derecho mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II) Con base en la llamada Grand Father Clause o Cláusula de anterioridad, los CEA tienen una jerarquía inferior a una ley federal anterior, por lo que en caso de conflicto entre ambos, prevalece la ley federal (Los tribunales de los Estados Unidos suelen dar preferencia a las leyes dictadas por el Congreso que resulten inconsistentes o contrarias a tratados o a acuerdos ejecutivos previos, aún cuando con ello resulte una violación de obligaciones derivadas del derecho internacional). En México no existe un criterio obligatorio, sin embargo, la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que en caso de conflicto entre un tratado y una ley federal, prevalece el tratado; y

III) A nivel interno, en los Estados Unidos lo que obliga es el texto de la implementation act y no el texto del instrumento internacional acordado con los demás Estados. En cambio México cumple sus compromisos internacionales con estricto apego al principio pacta sunt servanda, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena, pues a nivel interno obliga el texto del tratado

internacional.<sup>143</sup>

Por otra parte el TLCAN fue objeto de diversos procedimientos legales que cuestionaron la constitucionalidad de algunas disposiciones, como sucedió, entre otras, con la referente a los paneles. En una investigación previa a su negociación, realizada en la COECE (Coordinadora Empresarial en Comercio Exterior), se encontraron cuatro grandes temas de preocupación para los constitucionalistas estadounidenses:

1) El primero de ellos se refiere al hecho de conferir poderes jurisdiccionales a tribunales internacionales en materias domésticas. Esto interfiere con las atribuciones contenidas en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América, que atribuye a la Suprema Corte y a los tribunales de inferior rango la capacidad de conocer de las controversias judiciales. En opinión de algunos juristas los paneles del citado Tratado que viene a equipararse con el TLCAN violan el citado precepto constitucional;

2) El segundo punto consiste en que al ser nombrados varios panelistas por un gobierno extranjero, se atenta contra la facultad presidencial de nombrar jueces, conocida como la appointment clause contenida en el artículo II, párrafo segundo;

3) El siguiente aspecto se fundamenta en que se transgreden los límites de las facultades presidenciales en perjuicio del Congreso, ya que las decisiones de los paneles no pasarán a través del mismo, sino que se aplicarán directamente; y

4) Por último, se estima que las resoluciones del panel concebido en el capítulo XIX son discriminatorias al aplicarse sólo a los bienes importados de

---

<sup>143</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 81 a 84.

Canadá.<sup>144</sup>

Así mismo, en un estudio colegiado dedicado al tema, los profesores Gordon Christenson y Kimberly Gambrel elaboraron un análisis de los puntos constitucionales más relevantes en torno al artículo III constitucional y su conclusión es que los paneles del citado acuerdo internacional son constitucionales por tres razones:

1) Las facultades presidenciales para negociar acuerdos internacionales que prevean la creación de paneles, cuya materia sea conocer conflictos comerciales y sus decisiones obligatorias, se apoyan tanto en disposiciones legislativas como en precedentes judiciales;

2) El Congreso tiene facultades constitucionales para limitar la jurisdicción de la Court of International Trade y de la Court of Appeals for Federal Circuit;

3) El Congreso puede otorgar jurisdicción a paneles binacionales en asuntos de prácticas desleales, en asuntos distintos a los llamados "tribunales del artículo III", sin violar los derechos fundamentales de los litigantes de contar con un proceso legal.<sup>145</sup>

Una de las preocupaciones latentes una vez celebrado el TLCAN era la posibilidad de que el tema de la constitucionalidad de los paneles se convirtiera en una tercera instancia en Estados Unidos. Y en efecto, no le faltaba razón, como nos lo muestra el caso planteado en septiembre de 1994 ante la Court of Appeals II for the District of Columbia Circuit en el caso de la Coalición por las Importaciones Legítimas de Madera (ECC-94-1904-01 USA)<sup>146</sup> y en el caso ante un

---

<sup>144</sup> CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Op. Cit., p. 82.

<sup>145</sup> CHRISTENSON, Gordon y GAMBREL, Kimberly, Constitutionality of Binational Panel Review in Canada-US Free Trade Agreement, The International Lawyer, verano de 1989, citado por CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Op. Cit. p. 83.

<sup>146</sup> GRAHAM, William C, ponencia Dispute Resolution in the Canada – US Free Trade Agreement: One Part of a 72

juzgado de distrito estadounidense que cuestionó el TLCAN, por una aparente violación a la soberanía de su país (OMC, WT/DS27/ARB (Abril, 1999) sobre el caso de bananas; y *Made in the USA Foundation vs Unites States*, 56 F. Suppl. 2d 1226 (Ala. 1999)).<sup>147</sup>

En cuanto a las diferencias que hemos anotado adicionalmente, México ha celebrado tratados internacionales en los que se compromete a reformar su legislación interna, con lo cual de manera unilateral y gratuita extiende los beneficios a terceros Estados no partes del tratado, pues las leyes son de aplicación general. Un ejemplo lo encontramos en el Anexo 1904.15 del TLCAN, donde se pactaron reformas a las disposiciones jurídicas internas de los tres Estados partes. En este sentido, se acordó que México modificaría sus leyes y reglamentos en materia de dumping y subvenciones. Resulta improcedente que el Ejecutivo con la aprobación del Senado, comprometa mediante un tratado internacional al Congreso de la Unión para llevar a cabo reformas legislativas, en virtud de que se contraviene el principio de división de poderes, pues la facultad del Congreso para legislar es exclusiva e independiente de los demás poderes.<sup>148</sup>

## **8. Tratados de protección a la inversión.**

Los antecedentes inmediatos de la regulación internacional de la inversión extranjera directa actual se encuentran en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación como los que los países europeos y los EUA celebraron con diversas naciones a partir del siglo XIX y cuyo propósito era establecer un marco de beneficio mutuo en las relaciones económicas entre dos países, ya que eran de

---

Complex Relationship, citado por CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Op. Cit., p. 83.

<sup>147</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 135.

<sup>148</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 89 y 90.

naturaleza bilateral. En su momento, fueron instrumentos que llegaron a tener enorme tradición diplomática, estableciendo los términos y condiciones conforme a los cuales se regía el comercio y la navegación entre los Estados firmantes.

Incluían aspectos relacionados con los derechos de personas físicas y empresas residentes o haciendo negocios y adquiriendo propiedad en territorio del otro Estado parte. Era una manera de establecer relaciones pacíficas y proteger intereses comerciales importantes. En la época de la creación del Sistema Bretton Woods los países europeos, en muchas ocasiones con motivo de haberse retirado de sus colonias, celebraron con los gobiernos independientes de reciente creación, convenios bilaterales de inversión que se enfocaban exclusivamente a la protección de la inversión extranjera. Por un lado otorgaban garantías a los inversionistas del país colonizador para continuar con sus empresas y por otro beneficiaban al nuevo país independiente que retenía inversión importante. Entonces se empezaron a dejar a un lado los temas tradicionales de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Los EUA, que ya se encontraban en un período de búsqueda de adecuación de sus tratados a las nuevas realidades económicas internacionales, vieron en dichos tratados bilaterales de inversión varios atractivos, entre los que destacaba solucionar el creciente problema de la posible expropiación de intereses estadounidenses.

Hacia finales de los 70s surge, el programa BIT (Bilateral Investment Treaties) estadounidense, que sumado a tratados similares europeos paulatinamente se instaure hasta lograr hoy en día aceptación mundial. El cambio fue un reflejo directo del aumento de la inversión extranjera de los EUA en el mundo. Sin embargo, la intención inicial estadounidense al celebrar los BITs no fue la de promover la inversión extranjera directa, ya que se consideraba que las decisiones de inversión se basaban en otros factores tales como la estabilidad política, los recursos naturales y el costo de mano de obra. En los BITs se vio la conveniencia de despolitizar las disputas de inversión al establecer soluciones alternativas, como el arbitraje internacional, evitando con ello el problema que se

creaba al participar en el conflicto el gobierno del país del inversionista extranjero.<sup>149</sup>

Este cambio transformo el acuerdo en un acuerdo para inversionistas ya que el BIT otorgaba el principio de Trato Nacional con respecto al establecimiento y desarrollo de las actividades necesarias o útiles al inversionista y a sus inversiones. El BIT prohibió otras restricciones, incluyendo ciertos requerimientos de establecimiento, restricciones financieras y restricciones en cuanto a la entrada de personal. Como un elemento definitivo de este cambio, el BIT introdujo los procedimientos de arbitraje entre inversionista – Estado como una herramienta para blindar a los inversionistas y para reflejar el hecho de que la inversión extranjera directa ya no sería más una materia de disputas entre Estados soberanos sino un hecho de comercio internacional entre actores privados.<sup>150</sup>

Ante el fallido intento de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de la ONU de lograr el Convenio Multilateral sobre Inversión (Multilateral Agreement on Investment MAI), cuyo propósito fue el de establecer un tratado internacional en materia de inversión, incluyendo la inversión extranjera directa, intentaba establecer y regular estándares para evitar la discriminación en la inversión, aspectos migratorios de los inversionistas, monopolios estatales, transparencia, regulaciones específicas para algunos sectores y otros aspectos. Existen hoy en día más de 2300 tratados de promoción y protección de la inversión extranjera directa.<sup>151</sup>

El Gobierno de México ha recibido diversas propuestas por parte de varios Estados para suscribir tratados de protección a la inversión. Dichos tratados ofrecen la posibilidad de asegurar a los inversionistas extranjeros contra los

---

<sup>149</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 5 - 7.

<sup>150</sup> PRICE, Daniel y CHRISTY III, Bryan, An Overview of the NAFTA Investment Chapter Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, The North American Free Trade Agreement, s/p, p. 167 y 168.

<sup>151</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 10 y 25.

siguientes riesgos no comerciales:

1. Riesgos bélicos: se refiere a la compensación que se otorga al inversionista por pérdidas resultantes de acciones bélicas y violencia política. No es requisito indispensable que exista una declaración formal de guerra en el país extranjero. La cobertura abarca también las pérdidas resultantes de las acciones adoptadas por el asegurado con el propósito de evitar, combatir, o defenderse, contra medidas hostiles durante la guerra, revolución o insurrección. Es importante mencionar que se considera también como riesgos bélicos los daños provocados por contiendas civiles, tales como acciones terroristas, que tienen una dimensión menor que la violencia política. La compensación se basa en estos casos, en el costo original de la propiedad asegurada.

2. Inconvertibilidad de moneda: asegurar que las ganancias, beneficios y otros recursos del inversionista puedan ser transferidos a la moneda del país de origen de la inversión.

3. Expropiaciones: se pretende otorgar al inversionista extranjero una adecuada compensación en casos de expropiación de sus inversiones en México. Los Estados extranjeros se subrogarían en los derechos del inversionista que sufriese alguno de los riesgos políticos antes mencionados y, conforme al tratado que se pretende firmar, quedaría facultado, una vez agotadas las instancias internas de nuestro país, a recurrir a la figura del arbitraje internacional. El acto de recurrir a la subrogación y el hecho de someterse a la figura del arbitraje internacional, crea un conflicto sobre la interpretación que deba dársele a la llamada "Cláusula Calvo" que nuestro sistema jurídico adopta en su artículo 27 constitucional: "solo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho de adquirir el dominio de las tierras...el estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por los mismos la

protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos...”.

De acuerdo con las normas de Derecho Internacional Público, aplicables en materia de inversión extranjera los Estados, estarían dispuestos a aceptar la jurisdicción nacional, como foro indicado para ventilar controversias entre el Estado y el inversionista asegurado o, si fuera el caso, con el Estado que se subrogó en sus derechos. Un conflicto entre Estado extranjero o el asegurado y el Estado receptor de la inversión quedaría en las instancias nacionales hasta que se produzca:

- a) una denegación de justicia;
- b) Los tribunales estén cerrados para extranjeros;
- c) los tribunales fallen notoriamente contra extranjeros por su calidad de tal.

El derecho internacional le da a cualquier tercero en un país ajeno, el derecho de acudir a su país de nacimiento y pedir la intervención diplomática; sin embargo, los Estados están dispuestos a renunciar a dichos privilegios de protección diplomática y someterse al arbitraje internacional como foro neutral para la resolución de conflictos. Conforme al artículo 32 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, el extranjero sólo podrá apelar el recurso diplomático en caso de denegación de justicia, retraso voluntario, o bien, una mala administración de la misma.

El artículo 31 del Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera recoge el espíritu de la Cláusula Calvo: cuando en los estatutos sociales no se pacte la cláusula de exclusión de extranjeros, se deberá estipular el convenio o pacto expreso, que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que los extranjeros actuales o futuros se obligan formalmente con la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales respecto de las acciones...y a no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, bajo pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la

nación las participaciones sociales que hubiera adquirido.

Por lo anterior expuesto, en la medida en que el inversionista extranjero tenga que agotar todas las instancias judiciales internas, la situación del extranjero es exactamente igual a la de cualquier inversionista mexicano, por lo cual no sólo no se viola la Cláusula Calvo sino que también se cuida el cumplimiento del principio de igualdad entre todos los individuos que se encuentren en México, consagrado en nuestra Constitución.

México ha celebrado 18 BITs, denominados Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones – APPRIs, mismos que han sido debidamente aprobados por el Senado de la República, promulgados y publicados por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación. A continuación se listan indicando la fecha en fueron firmados:

Reino de España: 22 de junio de 1995.

Confederación Suiza: 10 de julio de 1995.

República Argentina: 13 de noviembre de 1996.

Reino de Países Bajos: 13 de mayo de 1998.

República de Austria: 29 de junio de 1998.

República Federal de Alemania: 25 de agosto de 1998.

Unión Económica Belgo-Luxemburguesa: 27 de agosto de 1998.

República de Francia: 12 de noviembre de 1998.

República de Finlandia: 22 de febrero de 1999.

República Oriental del Uruguay: 30 de junio de 1999.

República Portuguesa: 11 de noviembre de 1999.

Reino de Dinamarca: 13 de abril de 2000.

República Italiana: 24 de noviembre de 1999.

Reino de Suecia: 3 de octubre de 2000.

República de Corea: 14 de noviembre de 2000.

República Helénica: 30 de noviembre de 2000.

República de Cuba: 30 de mayo de 2001.

República Checa: 4 de abril de 2002.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se encuentra en negociación. En agosto de 2004 se llevó a cabo la sexta ronda de negociaciones, sin que se tenga fecha para la próxima reunión.

### CAPÍTULO III. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

En las negociaciones sobre los mecanismos de resolución de disputas en el TLCAN, los gobiernos, así como los sectores privados y diversos actores sociales le dieron mucha importancia, y tuvieron una gran injerencia sobre su configuración, dando como resultado un cuerpo complejo de detalladas normas y reglas obligatorias para los tres países que en esencia son formas de arbitraje internacional, pero el proceso mediante el cual operan difiere de mecanismo a mecanismo. Para México y Canadá, un sistema efectivo de resolución de disputas fue esencial para asegurar que Estados Unidos observara sus compromisos en el tratado y que eliminara la posibilidad de acciones unilaterales y violatorias de los compromisos de liberalización. En otras palabras, un acuerdo que aminorara la enorme asimetría en poder político y económico de que goza este último país y su disposición a adoptar medidas unilaterales.<sup>153</sup>

En el TLCAN se incluyó un capítulo especial, el capítulo XI, cuya finalidad fue dar certeza y seguridad para las inversiones e inversionistas de los tres países, aprobando derechos y protecciones para dicho ramo y un mecanismo de resolución de disputas entre el inversionista y el Estado anfitrión de la inversión para asegurar el cumplimiento de dichos compromisos. Dicho mecanismo convive con los diversos supuestos y principios que incluyen otros medios de solución de controversias aprobados en el TLCAN, razón por la cual para un panorama de comparación funcional entre ellos primero haremos mención de dichos mecanismos para posteriormente enfocarnos al análisis del medio para dirimir controversias en materia de inversión, principal objeto de estudio del

---

<sup>153</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, POSADAS, Alejandro, WINHAM, Gilbert R., MAYER, Frederick W., México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post tratado de libre comercio de América del Norte, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 28.

presente trabajo.

En los diversos supuestos que se manejan para solventar las controversias derivadas de la implementación del TLCAN, acordaron el uso de técnicas tanto diplomáticas, como la cooperación, las consultas, los buenos oficios, la mediación y la conciliación; como vinculatorias con el arbitraje como última instancia. El arbitraje en el TLCAN tiene diversos rasgos distintivos e innovadores, ya que se implementa la posibilidad de que un particular pueda solicitar un arbitraje contra un Estado con fundamento en una resolución por dumping o por subvenciones, así como por la violación de los principios negociados por Estados Unidos, Canadá y México en cuanto a inversión. Con la certeza, en principio, de que los tres países cumplimentarán las determinaciones a que se llegue.

### **1. Mecanismos de solución de controversias en el TLCAN.**

En el TLCAN se establecieron seis mecanismos para la solución de controversias. Entre ellos se encuentra el dirigido a inversiones del capítulo XI apartado B del TLCAN, referente a la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte, que surgen cuando un inversionista considera que el gobierno no otorgó a su inversión el trato que correspondía de acuerdo con las obligaciones estipuladas en la sección A del mismo capítulo, y que se analiza a detalle en el presente capítulo. A continuación se presenta una referencia de los cinco mecanismos restantes, con la finalidad de tener un punto de comparación objetivo.

## 1.1. Capítulo XX. Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.

El capítulo XX del TLCAN está redactado tomando como modelo el capítulo 18 del Acuerdo de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos (ALCCEU), y es similar a los mecanismos para la solución de controversias establecidos en los artículos 22 y 23 de la Organización Mundial de Comercio.

Incluye las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias y está regulado del artículo 2001 al 2022 del TLCAN. Con fundamento en su artículo 2004, se aplica a la prevención o a la solución de todas las controversias entre los tres países relativas a la aplicación o a la interpretación del tratado, o en toda circunstancia en que una Parte<sup>154</sup> considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones del tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo<sup>155</sup>.

La autoridad administradora del tratado se denomina "La Comisión de Libre Comercio", y uno de sus deberes es resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación del tratado. Cualquier controversia que surja en relación con lo dispuesto tanto en el TLCAN como en el GATT<sup>156</sup> podrá resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante. El foro que se

---

<sup>154</sup> Al referirse a parte, o parte reclamante se hace alusión a México, Canadá o Estados Unidos, que son las Partes signatarias del TLCAN.

<sup>155</sup> En el Anexo 2003 del TLCAN se estableció que habrá anulación y menoscabo "...cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el Tratado, consideren que se nulifican o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones: (a) Segunda Parte, "Comercio de bienes", salvo las relativas a inversión del Anexo 300-A, "Comercio e inversión en el sector automotriz", o del Capítulo VI "Energía"; (b) Tercera Parte, "Barreras técnicas al comercio"; (c) Capítulo XII, "Comercio transfronterizo de servicios"; o (d) Sexta Parte, "Propiedad intelectual"..."

<sup>156</sup> Artículo 2005. Solución de controversias conforme al GATT del TLCAN.

seleccione será excluyente de cualquier otro una vez que se inicie un procedimiento de solución de controversias.<sup>157</sup>

En su artículo 2003 denominado "Cooperación" el TLCAN establece que las Partes procurarán, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del Tratado y; mediante la cooperación y consultas, se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Por ello se afirma que el procedimiento está diseñado para alentar a que las partes en disputa alcancen una solución negociada antes de llegar al establecimiento de un panel arbitral, ya que las partes primero deberán demostrar que han realizado un esfuerzo de buena fe para solucionar el asunto por medio de consultas.<sup>158</sup>

De conformidad con éste capítulo cualquier Parte podrá solicitar por escrito la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del tratado y entregará copia de la solicitud a los órganos nacionales responsables de las otras Partes. Hasta la fecha se han resuelto diversos casos en esta etapa, sin que fuera necesaria la conformación de un panel arbitral.

En caso de no resolver un asunto conforme al artículo de consultas del capítulo de solución de controversias, cualquier Parte podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión, la cual se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, y se avocará, sin demora, a la solución de la controversia.

El arbitraje lo puede iniciar cualquier Parte consultante, mediante solicitud

---

<sup>157</sup> Conforme al artículo 2005.7 "...se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel...o la investigación por parte de un Comité."

<sup>158</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 2 y 3.

por escrito de la constitución de un panel arbitral, cuando la Comisión se haya reunido conforme a la disposición de Buenos oficios, conciliación y mediación, y el asunto no se hubiere resuelto dentro de los 30 días siguientes a la reunión.

La Parte solicitante entregará la solicitud a los órganos nacionales responsables de las otras Partes, y en ese momento la Comisión establecerá un panel arbitral, que se integrará y desempeñará sus funciones de acuerdo con las disposiciones del capítulo XX.

El panel arbitral se integrará por cinco miembros. Las Partes contendientes designarán al presidente del panel arbitral dentro de los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo. En caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo dentro de este período, una de ellas, electa por sorteo, lo designará en un plazo de cinco días, con una nacionalidad distinta a la suya. Dentro de los 15 días siguientes a la elección, cada Parte contendiente seleccionará dos árbitros que sean nacionales de la otra Parte contendiente, de no hacerlo en ese lapso se designará por sorteo de entre los integrantes de la lista de panelistas que sean nacionales de la otra Parte.

Se considera que la configuración y establecimiento de los paneles del capítulo XX descansa en última instancia en la buena voluntad de los gobiernos de las partes en conflicto, ya que en caso de que las partes contendientes no logren llegar a un acuerdo dentro del período para designar al presidente del panel una de ellas, electa por sorteo, designará al presidente" ¿Y qué pasa si una de las partes rehúsa someterse al sorteo? Nada. Actualmente México está sufriendo los efectos del silencio de la ley, pues en el tan comentado caso del azúcar, habiéndose agotado todos los esfuerzos negociadores para hacer que Estados Unidos acate el texto del Anexo 7031.2 del TLCAN, solicitó el establecimiento de un panel de esta naturaleza ¡desde el 17 de agosto de 2000, y hasta la fecha no se ha instalado! Desconocemos las razones alegadas, si hay

algunas, pues a veces la única respuesta del poderoso es el silencio".<sup>159</sup>

Dentro de los 90 días siguientes, a menos que las Partes acuerden otra cosa, al nombramiento del último panelista, el tribunal arbitral presentará a las Partes, un informe preliminar que contendrá las conclusiones de hecho, la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del tratado, o es causa de anulación o menoscabo; y sus recomendaciones, cuando las haya, para la solución de la controversia.

Los árbitros podrán formular votos particulares sobre cuestiones respecto de las cuales no exista decisión unánime. Las Partes podrán hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar dentro los 14 días siguientes a su presentación o en cualquier otro plazo que acuerden.

A menos que las Partes acuerden otra cosa, el panel presentará a las Partes un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido decisión unánime en un plazo de 60 días a partir de la presentación del informe preliminar.

En cuanto reciban el informe final del tribunal, las Partes convendrán en la solución de la controversia, que por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del tribunal. Siempre que sea posible, la resolución consistirá en la no ejecución o la derogación de la medida incompatible o que cause anulación o menoscabo, o a falta de resolución, podrá otorgarse una compensación.

La Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, en un plazo de 30 días siguientes a la recepción del informe final, si el panel arbitral resuelve que una medida es

---

<sup>159</sup> CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Op. Cit., p. 90.

incompatible con las obligaciones del tratado y la Parte demandada no cumple con la resolución en el plazo fijado por el panel arbitral; o que una medida es causa de anulación o menoscabo y las Partes no llegan a un acuerdo mutuamente satisfactorio de la controversia en el plazo fijado por el panel arbitral.

La suspensión de beneficios durará hasta que la Parte demandada cumpla con la decisión final del panel arbitral o hasta que las Partes contendientes lleguen a un acuerdo mutuamente satisfactorio de la controversia, según sea el caso.

Una crítica que se hace a éste capítulo es que su naturaleza jurídica no es arbitral pese a que el artículo 2008 así lo califica ya que al no ser obligatorio, el informe final que pronuncien no pasa de ser una recomendación y no un laudo.<sup>160</sup> Sin embargo, esa es la característica de todos los mecanismos implementados por el TLCAN para solución de controversias.

El mencionado capítulo XX del TLCAN no se aplicará a las controversias para las cuales se pactaron normas específicas, que son las contenidas en capítulos dispersos del tratado y en los Acuerdos Paralelos, a los cuales se hace mención a continuación.

## **1.2. Capítulo XIX. Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias.**

Este mecanismo tuvo su origen en el capítulo XIX del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos que entró en vigor en 1989. Y su finalidad fue asegurar a los exportadores mexicanos que no estarán sujetos a la aplicación

---

<sup>160</sup> Ibidem, p. 89.

arbitraria e injustificada de las medidas de defensa contra prácticas desleales de Estados Unidos y Canadá<sup>161</sup>

Aunque a menudo se le haya identificado como un sistema de solución de controversias, el capítulo 19 es en realidad un método híbrido bajo el cual los paneles son internacionales pero la ley y el criterio de revisión aplicados son nacionales. El capítulo 19 resultó ser el compromiso clave entre los Estados Unidos y Canadá y después entre los Estados Unidos y México, que permitió que las partes concluyeran un acuerdo de libre comercio, que ha resultado ser de bastante éxito, ha hecho más expedita la toma de decisiones y ha otorgado a los exportadores de los tres países mayor confianza en que las leyes en materia de antidumping<sup>162</sup> y de cuotas compensatorias de cada una de las Partes serán aplicadas en forma justa.<sup>163</sup>

El TLCAN es el único tratado que prevé un capítulo para la revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias, en su Capítulo XIX que abarca del artículo 1901 al 1911 del TLCAN, regula dos supuestos en los que se aplicará: para la revisión de las reformas legislativas en materia de cuotas antidumping o compensatorias<sup>164</sup> que se aprueben después de

---

<sup>161</sup> Jaime Serra Pucho, Secretario de Comercio y Fomento Industrial, comparecencia con motivo de la conclusión de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá ante la Comisión de Comercio Exterior del Senado de la República, 14 de agosto de 1992 en SECOFI, El tratado de Libre Comercio de América del Norte, Documentos Básicos, Ed. Porrúa, México, p. 672.

<sup>162</sup> El artículo VI.1 del GATT de 1947 señala que "Las partes contratantes reconocen que el dumping permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal, por lo que es condenable cuando causa o amenaza causar un perjuicio importante a una producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional...".

<sup>163</sup> AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, FRIED, Jonathan, ROH JR, Charles, LAIZNER, Christianne y OLIVER, David, El Capítulo 19 del TLCAN: Revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales, en Comercio a Golpes: Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN, Ed. ITAM y Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, p. 41.

<sup>164</sup> Ley antidumping y de cuotas compensatorias significa: en el caso de México, las disposiciones pertinentes de la Ley

la fecha de entrada en vigor del tratado; y la revisión de resoluciones definitivas<sup>165</sup> sobre cuotas antidumping y compensatorias emitidas por una autoridad investigadora competente<sup>166</sup> que se dicten después de la fecha de entrada en vigor del tratado.

La Parte a la cual se aplique una reforma a la ley en materia de antidumping o de cuotas compensatorias de otra Parte, podrá solicitar por escrito que tal reforma se someta a un panel binacional, para que emita una opinión declarativa sobre si la reforma, en lo aplicable a otra de las Partes, es incompatible con el GATT, el Código Antidumping, o el Código de subsidios, o sus acuerdos sucesores, o con el objeto y la finalidad del TLCAN y de su capítulo XIX; o, si la reforma además tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un panel, dictada con fundamento en el artículo 1904, que regula la revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias.

En caso de que el panel recomiende modificaciones a la reforma para

---

Reglamentaria del artículo 131 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de comercio exterior, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras; y las disposiciones de cualquier otra ley que prevea la revisión judicial de las resoluciones definitivas, o indique los criterios de revisión aplicables.

<sup>165</sup> Resolución definitiva significa en el caso de México: a) una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, respecto a las investigaciones en materia de cuotas antidumping o compensatorias conforme al artículo 13 de la Ley Reglamentaria del artículo 131 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Comercio Exterior, con sus reformas; o bien, respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas antidumping o compensatorias, y b) una resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas antidumping o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

<sup>166</sup> Autoridad investigadora, para éste capítulo significa: en el caso de Canadá el Canadian International Trade Tribunal, o el Deputy Minister of National Revenue of Customs and Excise, según la Special Import Measures Act, con sus reformas, o las autoridades que los sucedan; para Estados Unidos la International Trade Administrations of the U.S. Department of Commerce, o la U.S. International Trade Comision, o la autoridad que las suceda; y para México, la autoridad que se designe en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, o la autoridad que la suceda, que actualmente es la Secretaría de Economía.

eliminar disconformidades que en su opinión existan las dos Partes iniciarán de inmediato consultas y procurarán una solución mutuamente satisfactoria en un plazo de noventa días, a partir de que el panel emita su opinión declarativa final. De no ser así podrá adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables o denunciar el tratado respecto a la Parte que hace la reforma, sesenta días después de notificarlo por escrito a esa Parte.

Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base en el expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables<sup>167</sup> de la Parte importadora.

La solicitud para integrar un panel se formulará por escrito a la otra Parte implicada, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación, en el Diario Oficial de la Parte importadora, de la resolución definitiva; y esa Parte podrá solicitar la integración de un panel dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación.

El panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior para que se adopten medidas no incompatibles con su decisión, en este último caso fijará el plazo menor razonablemente posible considerando la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho y la naturaleza del fallo del panel. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución, será ante el mismo panel, que emitirá un fallo definitivo dentro de los 90 días siguientes al sometimiento de dicha medida a su consideración.

---

<sup>167</sup> Las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes. Únicamente para efectos de la revisión por el panel que aquí se analiza, se incorporan a este tratado dichas disposiciones jurídicas con las reformas que ocasionalmente les hagan.

El fallo de un panel conforme a las disposiciones transcritas en estos párrafos será obligatorio para las Partes implicadas, respecto al asunto concreto sometido al panel.

En este capítulo también se prevé la instalación de un comité especial, previas consultas sin solución del problema en 45 días, cuando una Parte alegue que la aplicación del derecho interno de otra de las Partes ha impedido la integración de un panel solicitado por la Parte reclamante, que el panel dicte un fallo definitivo, que se ejecute el fallo del panel, o una vez dictado le negó fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto examinado por el panel; o la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o panel con jurisdicción, independiente de las autoridades investigadoras competentes. El procedimiento ante dicho Comité tendrá como consecuencia final la suspensión de beneficios en caso de incumplimiento.

En México existen dos vías para impugnar las resoluciones en materia de dumping y de subvenciones emitidas por la autoridad investigadora mexicana, la impugnación vía interna<sup>168</sup> se lleva a cabo a través del recurso de revocación, el juicio de nulidad y el juicio de amparo. b) la impugnación vía externa ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), en el caso de mercancías originarias de países miembros de la OMC, y ante un Panel del Capítulo XIX del TLCAN, con fundamento en el artículo 1904, si las mercancías son originarias de los Estados Unidos o Canadá. La vía interna de impugnación se activa con el recurso administrativo de revocación interpuesto ante la autoridad que emitió el acto, el cual tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución impugnada. En materia de prácticas desleales, el recurso de revocación es de agotamiento obligatorio para que proceda el juicio de nulidad, y a su vez es necesario agotar el juicio de nulidad para que proceda el juicio de amparo, en su caso.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Artículo 97 de la LCE,

<sup>169</sup> SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, Op. Cit., p. 482 y 483.

El problema de que la selección de un panel del capítulo XIX no elimine la posibilidad de acudir al mismo tiempo, por razones iguales y por causas similares, a los paneles de la OMC *solamente porque no hay disposición expresa que lo impida*. Esto es, que al no existir una norma que establezca la exclusión de foros, se llegó en un caso concreto a resolver por los juzgadores, que era permitido hacerlo.<sup>170</sup>

No obstante, de hecho el papel y el tipo de revisión llevada a cabo por los paneles del capítulo 19 y de la OMC son completamente diferentes y no existe redundancia alguna entre ellos. La función del panel de la OMC, dentro del contexto de los procedimientos de antidumping y cuotas compensatorias, es determinar si la ley o una determinación administrativa específica de un miembro de la OMC son consistentes con el Acuerdo de Antidumping de la OMC o con el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias. En contraste, el papel del panel en el capítulo 19, es el determinar, aplicando el criterio de revisión apropiado, si la decisión de la autoridad administrativa es consistente con la ley interna del país importador. La solución de controversias de la OMC se limita a disputas de gobierno a gobierno y la de paneles binacionales del capítulo 19 fue concebido para ser utilizado por particulares directamente afectados por las determinaciones de autoridades administrativas nacionales.<sup>171</sup>

Los críticos del Capítulo 19 han argumentado que el sistema binacional de paneles no es constitucional, que los paneles binacionales no se han apegado a los criterios de revisión de los Estados Unidos, que el sistema de paneles binacionales está creando un cuerpo de normas que difiere de la forma en que

---

<sup>170</sup> CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Op. Cit., p. 87.

<sup>171</sup> AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, FRIED, Jonathan, ROH JR, Charles, LAIZNER, Christianne y OLIVER, David, El Capítulo 19 del TLCAN: Revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales, en Comercio a Golpes: Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN, Ed. ITAM y Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, p. 61 y 62.

las leyes sobre antidumping y cuotas compensatorias deben ser aplicadas a los países del TLCAN y que el utilizar individuos particulares como panelistas crea problemas de conflictos de interés. Estas críticas se iniciaron en el seno de las industrias estadounidenses, las que no quedaron conformes con los resultados de algunos de los casos considerados altamente politizados.<sup>172</sup>

### **1.3. Procedimiento sobre servicios financieros del capítulo XIV.**

El procedimiento sobre servicios financieros, dispuesto en el capítulo XIV del TLCAN del artículo 1413 al 1415, es esencialmente idéntico al previsto en el capítulo XX, solo difiere en que los panelistas que se designen para resolver una disputa son elegidos de una lista de expertos en servicios financieros, y no en derecho comercial.

Aunque en el panel arbitral constituido con fundamento en el capítulo XI del TLCAN, cuya demanda se presentó por la empresa Fireman's Fund, el panel resolvió en un incidente de competencia que el caso debía ser resuelto por el mecanismo del capítulo XIV del TLCAN. Hasta la fecha no se han presentado casos ante este mecanismo y no se han establecido las listas de expertos panelistas.

### **1.4. Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.**

En la parte V del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte se contiene un mecanismo obligatorio para realizar consultas y resolver disputas con

---

<sup>172</sup> Ibidem, p. 41 y 42.

base en un sistema de arbitraje similar al establecido en el capítulo XIX. Sin embargo, la lista de árbitros se debe integrar por expertos en derecho ambiental.

El Acuerdo estableció mecanismos sin precedente en otros acuerdos internacionales en materia ambiental. Este novedoso sistema incluye los informes elaborados por el Secretariado de la Comisión, bajo el artículo 13, que no plantean alegatos sobre posibles incumplimientos de la legislación ambiental; las controversias o peticiones presentadas bajo los artículos 14 y 15 por personas u organizaciones sin vinculación gubernamental, en que sí se alega la omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental, y finalmente, las demandas que presenta una parte en las que se alega la presencia de un patrón persistente de omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental por otra de las partes, con base en los artículos 22 a 36 del Acuerdo. Este último mecanismo establece un largo proceso de revisión de la controversia antes de que un panel arbitral decida en contra de un país, y se apliquen a éste sanciones.

Hasta la fecha el mecanismo de resolución de disputas no ha sido utilizado, pero sí ha habido numerosas peticiones presentadas bajo los artículos 14 y 15, y se han emitido tres reportes con base en el artículo 13 del Acuerdo. Respecto a las peticiones públicas iniciadas con base en los artículos 14 y 15 del Acuerdo, aunque en general no parecen haber llevado a un cambio sustancial en la conducta de las autoridades ambientales de las partes, ni probablemente a una mayor protección ambiental, como lo demuestran el caso del muelle de Cozumel, que fue terminado y está en funcionamiento a pesar del debate que desató, y el de la "British Columbia Hydro and Power Co". El mecanismo si ha obligado a los gobiernos de las partes a dar una explicación de su conducta en los casos que el Secretariado lo ha pedido. También es innegable que ha propiciado una mayor participación social, y de manera indirecta ha ayudado a

que la autoridad ambiental aplique de manera efectiva su legislación ambiental.<sup>173</sup>

### **1.5. Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.**

El procedimiento que se estableció en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, es prácticamente un procedimiento interno. Las denuncias pueden seguirse por consultas entre las Oficinas Administrativas Nacionales establecidas en los tres países y los secretarios de trabajo de los países afectados. Si el asunto no se resuelve a través de dichas consultas se someterá a un comité de expertos, bajo ciertas limitaciones, y posteriormente al Consejo Ministerial del Acuerdo. Si este último fracasa se hará uso de un arbitraje formal, sólo en el caso de un voto de las dos terceras partes de dicho Consejo y en caso de que se trate de la violación a tres principios laborales específicos. La ruta al arbitraje es suficientemente engorrosa por lo que hasta la fecha no se ha utilizado y se duda que se llegue a usar además por ser un tema muy delicado para los tres países.

No obstante lo anterior, las comunicaciones públicas han probado ser un proceso útil e importante en la práctica, pues ha proveído de un foro para denunciar violaciones a los derechos laborales, y con ello han contribuido a forzar a las autoridades públicas de los tres países a justificar y explicar sus políticas, a apoyar campañas más amplias de organización y de atracción de miembros de sindicatos en los tres países y, en algunos casos importantes, los gobiernos o las empresas privadas se han visto forzados a modificar sus políticas o conductas.

---

<sup>173</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 318 a 325.

## 2. Solución de controversias en materia de inversión en el TLCAN.

El Capítulo XI del TLCAN es el acuerdo sobre inversión más completo a la fecha. La anchura de la cobertura y la fuerza de las disciplinas exceden cualquier instrumento bilateral o multilateral del que sea parte los Estados Unidos, México y Canadá, y debe dar substancial seguridad al inversionista. El capítulo une a dos países – México y EUA – que por décadas han sustentado lados opuestos en cuanto a principios ideológicos en temas fundamentales como expropiación, el establecimiento de controversias, y el control gubernamental sobre la inversión extranjera. De igual importancia, es el hecho de que el capítulo representa la primera ocasión en que dos naciones desarrolladas han hecho los mismos compromisos recíprocos que han demandado de las naciones en desarrollo. El capítulo estableció un estándar para los acuerdos multilaterales y bilaterales de inversión futuros en el continente.<sup>174</sup>

El capítulo XI consta de dos secciones, en la sección A se encuentran las reglas sustantivas que rigen la región en materia de inversión donde se establecen los principios para el tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región, las que se refieren a la expropiación de una inversión extranjera, y las prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas y de sus inversiones. En la sección B establece un sistema de resolución de controversias para dirimir los conflictos que surjan entre los inversionistas de cualquiera de los tres países y los Estados anfitriones.

Se considera que el capítulo XI del TLCAN es innovador por que al comparar algunas de las disposiciones de otros acuerdos internacionales sobre inversión lo son; así mismo, sin duda por el mecanismo de resolución de

---

<sup>174</sup> PRICE, Daniel y CHRISTY III, Bryan, An Overview of the NAFTA Investment Chapter Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, The North American Free Trade Agreement, s/p, p. 181 y 182.

controversias que establece el TLCAN ya que 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; y finalmente por la adopción de medidas basadas en la reciprocidad y el enfoque de la lista negativa, que identifica las industrias más sensibles en cada país.<sup>175</sup>

## **2.1. Principios y conceptos en materia de inversiones.**

En el artículo 102 del TLCAN se establece que uno de los objetivos del tratado es aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes, establecer procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias.

Del artículo 1101 al 1114 del TLCAN están contenidas las bases que regulan el trato que los tres países signatarios se comprometieron a otorgar a los inversionistas y su inversión, y que se analizan a continuación.

### **2.1.1. Ámbito de aplicación del Capítulo XI del TLCAN.**

En principio en la sección A del capítulo XI del TLCAN se dispone que el capítulo se aplicará a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a los inversionistas de otra Parte, las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y respecto a requisitos de desempeño y en cuanto a las medidas relativas a medio ambiente previstas en el artículo 1114 del TLCAN a

---

<sup>175</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 88 y 89.

todas las inversiones en el territorio de la Parte.<sup>176</sup> En el artículo 1139 se define lo que es inversión enumerando diversos supuestos limitativos, que para algunos autores cubren cualquier supuesto y para otros es insuficiente para abarcar los casos en la vida cotidiana.

Cuando una persona destina bienes, propiedades, posesiones o derechos a la realización de un fin y con el propósito de obtener un beneficio, está invirtiendo. El inversionista busca en su actuación un beneficio. Éste puede ser tan intangible como lo es el propio bien, propiedad, posesión o derecho que coloca en determinado lugar y bajo ciertas condiciones, pero no por ello dejará de estar efectuando una colocación con la intención de obtener un beneficio. Por esta razón se ha considerado que el TLCAN limita el concepto de inversión al listar específicamente los actos y actividades que considera deben incluirse y excluirse de la definición.<sup>177</sup>

Se ha cuestionado si los gastos de pre-inversión, llevados a cabo durante la etapa de desarrollo de la misma, tales como viáticos y honorarios legales, o relacionados con las negociaciones para obtener una concesión para privatizar y reconstruir o la preparación de un terreno se encuentran incluidos en la definición de inversión. Los tribunales no los han aceptado como tal, en un caso por considerarse que se requeriría de la autorización del Estado anfitrión para que los gastos de pre-inversión se consideraran dentro del concepto.<sup>178</sup> En otro caso el tribunal decidió que los costos relacionados con la preparación de un terreno para la construcción de una planta hidroeléctrica y un túnel, así como las negociaciones realizadas para obtener la concesión no calificaban como inversión, a pesar de un documento oficial que aparentemente aprobaba la concesión.<sup>179</sup> Por el contrario en el caso Gami Investments Inc. contra el Gobierno

---

<sup>176</sup> Artículo 1101. Ámbito de aplicación del TLCAN.

<sup>177</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 17-24.

<sup>178</sup> Caso Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka.

<sup>179</sup> Caso Zhinvali Development Std v. Republic of Georgia.

Mexicano el tribunal consideró como inversión las acciones del inversionista sin hacer referencia al porcentaje requerido, por lo que el hecho de ser accionista no conlleva el que la inversión sea significativa.

La Delegación Permanente de la Comisión Europea<sup>180</sup> distinguió tres diferentes tipos de definición de inversión una con base en activos que es utilizada por la mayoría de los BIT's e incluye inversión extranjera directa y de portafolio; una con base en transacciones cuyo propósito no es la protección de activos sino el listar diferentes formas de transacción cubiertas por el código. El mismo identifica a la inversión extranjera directa como una inversión cuyo propósito es establecer relaciones económicas duraderas; y una con base en el establecimiento de empresas, donde se da la necesidad de establecer o adquirir una empresa comercial así como los títulos de acciones que otorguen al inversionista el control sobre la misma. La diferencia entre las tres radica en el grado de riesgo y de participación en el negocio por parte del inversionista extranjero.

### **2.1.2. Principios de trato a los inversionistas e inversión de la región.**

Se disponen tres principios rectores del tratamiento que se otorga a los inversionistas y a la inversión extranjera, el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el nivel mínimo de trato. En cuanto al principio del trato nacional el artículo 1102 del TLCAN establece que el trato que cada parte dará a los inversionistas e inversiones de las partes será "...un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo

---

<sup>180</sup> La Delegación Permanente de la Comisión Europea ante la OMC-WTO emitió un Documento Conceptual sobre la Definición de Inversión (concept paper on the definition of investment, preparado por la Delegación Permanente de la Comisión Europea, de 15 de abril de 2002 publicitado por la OMC/WTO).

referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones". Lo cual hace extensivo a los gobiernos estatales o locales, salvo las excepciones particulares.<sup>181</sup>

En cuando al principio de trato de nación más favorecida los artículos 1103, 1203 y 1406 del TLCAN establecen que el trato que cada parte dará a los inversionistas e inversiones dentro de la región será "...no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e 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".

Cada Parte se comprometió, en el artículo 1104 del TLCAN, a otorgar a los inversionistas y a sus inversiones el mejor trato resultante de la aplicación de los dos principios antes mencionados, el de trato nacional y el de trato de nación más favorecida.

En el artículo 1105 del TLCAN se dispuso el principio de nivel mínimo de trato al disponer que cada parte dé, a los inversionistas o inversiones de la región, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. También se comprometieron a dar un trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga una Parte ante las pérdidas sufridas en su inversión debidas a conflictos armados o contiendas civiles.

Existe discriminación justificable y los Estados deben tener la libertad de utilizarla sin correr el riesgo de tener que pagar daños por así actuar. Sin embargo

---

<sup>181</sup> Los países miembros del TLCAN hicieron algunas excepciones generales y reservas específicas por país a la aplicación del nivel de trato nacional. Estas excepciones se encuentran, entre otras, en el artículo 1108 y Anexos I, II y III del TLCAN, e incluyen excepciones generales relacionadas con la concesión de subsidios o la concesión de excepciones requeridas, entre otras, de acuerdo con las obligaciones sobre propiedad intelectual del artículo 1703.

para que esto suceda, el Estado debe actuar bajo circunstancias que sean diferentes, es decir no similares. Al efecto pueden surgir razones ambientales, de derechos humanos, de salud, etc. que presenten tales circunstancias diferentes. Si el Estado además actúa, como lo exige el derecho internacional, de buena fe, el trato desigual puede ser justificable. El tribunal *GAMI v. México* así decidió en cuanto al estándar de trato nacional, al encontrar que a pesar de que el Estado mexicano, al expropiar ingenios expropió unos y otros no. El tribunal, al hacer la comparación de trato concluyó que existía una buena razón para hacer el distingo y por ende determinó la no existencia de discriminación.<sup>182</sup>

Tal como en repetidas ocasiones se ha indicado por tribunales arbitrales los tratados de inversión no son garantía contra malas decisiones de negocios, ni tienen los Estados porque absorber pérdidas de los inversionistas por riesgos comerciales naturales. El trato que se otorgó con motivo del TLCAN no debe servir de fundamento para que los inversionistas recuperen pérdidas de inversiones mal administradas y los Estados no pueden dejar de implementar sus políticas internas por miedo a las represalias de los inversionistas extranjeros. Por lo cual el nivel mínimo de trato debe hacerse a la luz del derecho internacional consuetudinario y de que el hecho de que la violación de otro precepto del TLCAN o de un acuerdo internacional, no establece necesariamente que se haya violado el nivel mínimo de trato otorgado en el artículo 1105 del TLCAN.

De lo señalado por los tribunales *Metalclad, Pope & Talbot* y *S.O. Myers*, como los refiere el tribunal de *Waste Management 2*, se pueden distinguir tres grados de infracción del nivel mínimo de trato justo y equitativo. El primero sería una conducta arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrásica, y discriminatoria con el objetivo de imponer al inversor prejuicios raciales o regionales; el segundo un trato ausente de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial o una falta total de

---

<sup>182</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 134 y 135.

transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo; y el tercero un trato contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que el demandante se basó en forma razonable. Lo importante es determinar si se trata de un acto contrario al derecho internacional, independientemente de si es ilícito desde el punto de vista interno. Así lo indicó el tribunal de *Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*.<sup>183</sup>

### **2.1.3. Prohibición a los gobiernos de limitar la libertad de los inversionistas.**

En el TLCAN encontramos tres disposiciones que representan una prohibición expresa a los Estados Parte para limitar de forma alguna la libertad de los inversionistas, se trata de la disposición de requisitos de desempeño, la denominada altos ejecutivos y consejos de administración y la de transferencias.

El artículo 1106 prohíbe la imposición de las medidas conocidas como requisitos de desempeño, ya sea directamente o por otros medios "...en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista extranjero". Los requisitos de desempeño son aquellos que se imponen a un inversionista como condición para que realice sus actividades con la finalidad de obtener un beneficio adicional en el país huésped de la inversión. En el TLCAN se incluyó una lista exhaustiva de los requisitos de desempeño eliminados y se permitieron las medidas que exijan que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente.

De conformidad con el artículo 1107 del TLCAN las Partes no pueden exigir a los inversionistas extranjeros para que designen a individuos de alguna

---

<sup>183</sup> Ibidem. p. 138 - 141.

nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección. Sin embargo, los Estados parte del TLCAN pueden exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo 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.

Por su parte el artículo 1109 del TLCAN dispone que las partes no pueden restringir que las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista extranjero se hagan libremente y sin demora, ya sea fuera del país anfitrión o de regreso al país del inversionista. En lo referente a las transacciones al contado 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. Las partes no pueden imponer sanciones a los inversionistas en caso de que éstos no puedan regresar el capital invertido en otro de los países miembros del TLCAN. Las restricciones a los movimientos de capital sólo serán permitidas por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio y operaciones de valores; infracciones penales; informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

#### **2.1.4. Expropiación e indemnización.**

Las Partes acordaron, en el artículo 1110 del tratado, no nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente las inversiones extranjeras de socios del TLCAN, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de

legalidad y al Artículo 1105(1) que como vimos establece el principio de nivel mínimo de trato; y mediante una indemnización. Dicha 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, se hará sin demora y será completamente liquidable.

La indemnización 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.

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. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada será equivalente, si 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.

Lo escrito en este apartado sobre expropiación e indemnización 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.

La teoría de la responsabilidad gubernamental *stricto sensu* acepta casi sin cuestionamientos, la noción de que el término responsabilidad estatal hace frente, en lo principal, con las obligaciones de un Estado entero a la persona y propiedad de los extranjeros. En cuanto a la responsabilidad estatal *lato sensu*, ve

las reglas legales como completas solo cuando las normas secundarias de efectividad (o sanciones) son añadidas a las normas primarias de obligación. El Congreso de los Estados Unidos, claramente, ha elegido la tesis de la pronta, adecuada y efectiva compensación que es debida a un propietario expropiado y que las expropiaciones no son validas si son hechas sobre bases discriminatorias. Ha legislado a favor de la Responsabilidad Estatal stricto sensu y dado contenido a ese concepto que, en el mundo, es mucho mas que una materia de debate.<sup>184</sup>

El debate tiene que ver con la interpretación del *ius cogens*, y se centra en determinar si un Estado, por ejemplo un país en desarrollo, está justificado por el derecho internacional público para por una parte, beneficiarse de la recepción de inversiones derivadas de un tratado de libre comercio celebrado con otro, normalmente desarrollado, y después negarse a pagar indemnizaciones totales por expropiación al Estado exportador del capital, quien a su vez tendría que distribuirlo entre sus inversionistas extranjeros afectados, por considerar que tal supuesta obligación es contraria al *ius cogens*.<sup>185</sup>

En Latinoamérica, la llamada "Cláusula Calvo", inspirada en la tesis del jurista argentino Carlos Calvo<sup>186</sup>, sostiene que los extranjeros que inviertan o se establezcan en un país deben ser tratados igual que sus nacionales y por ende el extranjero no debe invocar la protección de su gobierno, circunstancia que lo colocaría en una posición privilegiada. En algunos países como México, esto se ha traducido en la obligación a cargo de los extranjeros de convenir, antes de llevar a cabo la inversión, en ser considerados como nacionales y a no invocar la protección de su gobierno, incluyéndose la sanción, en el caso de incumplimiento, de perder sus intereses en beneficio de la nación anfitriona. Por las consecuencias de imponer tan relevante pena, ésta nunca ha sido impuesta;

---

<sup>184</sup> GOLDIE, L.F.E., "State Responsibility and the expropriation or property" en *International Lawyer*, vol. 12, No. 1, p. 63 a 82.

<sup>185</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 102.

<sup>186</sup> Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, autor de *Le Droit Internationale*.

sin embargo, siempre está presente al momento que el extranjero realiza inversiones.<sup>187</sup>

La razón de que tal convenio permanezca, a pesar de la asociación del país en el TLCAN, es histórica y se originó por el evidente abuso del derecho que en otras épocas ejercieron Estados Unidos y potencias europeas a partir de inversiones de sus nacionales en América Latina y otras regiones. La supuesta protección en algunos de estos casos, llegó como es bien sabido, incluso a enfrentamientos militares y anexión de territorios. En la práctica latinoamericana, la llamada Cláusula Calvo ha buscado erradicar los abusos de inversionistas extranjeros y sus respectivos países, en el ejercicio de la protección diplomática. La incorporación de la Doctrina Calvo tanto en nuestra Constitución como en instrumentos regionales, como la OEA, no ha tenido, sin embargo, el eco esperado en la resolución de casos de derecho internacional público. En esencia, el fundamento de esta falta de efectividad de la Doctrina Calvo radica en que la protección diplomática es un derecho soberano del Estado de origen. Con ello, aunque sus nacionales renuncien a solicitarla, el Estado no se considera obligado en derecho internacional público por tal renuncia. En esa medida, conserva incólumes sus derechos para decidir proteger diplomáticamente a los individuos cuando lo considere conveniente, según su régimen interno.<sup>188</sup>

#### **2.1.5. Otras disposiciones en el Capítulo XI apartado A del TLCAN.**

Se respeta el derecho de cada Estado de tener actividades económicas exclusivas y negar el establecimiento de inversiones en tales actividades, para lo cual se incluyeron listas negativas, comprendidas en cuatro anexos, que excluyen

---

<sup>187</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 5.

<sup>188</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 129 - 133.

industrias sensibles de las principales disposiciones del capítulo de inversión del TLCAN. Los anexos describen las medidas que cada país escogió para proteger tales industrias. Las listas de México son mucho más largas.<sup>189</sup> También hay excepciones de todo un sector que se aplican a ciertos grupos, regiones o procedimientos. El enfoque de listas negativas se complementó con la “cláusula automática de liberalización” o Ratchet clause, la cual establece que si un país decide liberalizar su régimen de inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo nivel se regirá por el TLCAN.<sup>190</sup>

Se establece de manera expresa que no se aplica el capítulo de inversión a las medidas comprendidas en el capítulo XIV de Servicios Financieros. Así mismo dispone que no se interpretará el capítulo XI 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.

Lo incluido en el principio establecido en el artículo 1102, de trato nacional, no 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, siempre que dichas formalidades no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a los inversionistas e inversiones de otra Parte de conformidad con este capítulo.

---

<sup>189</sup> Véase Anexo 3 del TLCAN. En dicho anexo se señalan las industrias reservadas, de acuerdo con la Constitución mexicana, al control exclusivo del Estado. Entre ellas se encuentra el petróleo y productos derivados, la electricidad, la energía y los materiales nucleares, las comunicaciones satelitales, los servicios telegráficos, radiotelegráficos y postales, los ferrocarriles, la emisión de moneda, el control de puertos marítimos y terrestres, y el control de los aeropuertos y helipuertos.

<sup>190</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 86 y 87.

Se dispone en el artículo 1112 del TLCAN que en caso de incompatibilidad entre el Capítulo XI y otro capítulo prevalecerá lo previsto en este último en la medida de la incompatibilidad. Y en el artículo 1113 del mismo TLCAN, se establece que una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a sus inversiones, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no es Parte, siempre que la Parte que deniegue los beneficios o no mantenga relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; 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.

Nada de lo dispuesto en el Capítulo XI, según el artículo 1114 del TLCAN, 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. Así mismo, las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad, o medio ambiente y si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte con el fin de evitar incentivos de esa índole.

## **2.2. El capítulo XI apartado B del TLCAN.**

De entre los tratados de libre comercio signados por México nueve<sup>191</sup> de ellos reglamentan en la Sección B del Capítulo de Inversión, la "Solución de Controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte". Dicha sección

---

<sup>191</sup> TLCMCV, TLCMSGH, TLCMB, TLMCN, TLMCR, TLMCH, AMJ, TLMU y el TLCAN.

dispone todas las reglas referentes al mecanismo para dirimir controversias en materia de inversión, que se susciten a partir de la entrada en vigor del tratado, con la finalidad de asegurar, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial. Las partes contendientes primero intentarán dirimir la controversia por la vía de consulta o negociación.

Es preciso aclarar que dichas disposiciones solo benefician a los inversionistas extranjeros provenientes de alguna Parte del TLCAN, aun cuando en diversos casos el tribunal arbitral ha llegado a reconocer injusticias cometidas por los gobiernos que no solo afectan a los extranjeros sino también a los nacionales que no tendrán acceso al mecanismo. Hay una separación crucial que existe entre las obligaciones de un Estado bajo un tratado, como el TLCAN, y sus obligaciones internas para con sus nacionales y atribuirle la forma de violación de derecho internacional a un error local estatal, en algunos casos de denegación de justicia, dañaría la integridad de los sistemas judiciales internos y la viabilidad del propio TLCAN.<sup>192</sup>

La Corte Internacional de Justicia, en 1970 con motivo del caso Barcelona Traction, sostuvo que una empresa tiene la nacionalidad del país en el que se constituye. La tesis contraria, conocida como teoría del siége social sostiene que la nacionalidad de una empresa se determina por el país donde se encuentra el asiento desde el cual la empresa es controlada. En la determinación del control de una empresa pueden distinguirse: el criterio cuantitativo: que atiende al por ciento en que se participa en el capital social, en las acciones o participaciones con derecho a voto o en la toma de decisiones fundamentales para la vida corporativa; y el criterio cualitativo: que atiende a circunstancias fácticas que

---

<sup>192</sup> Como se puede apreciar en el caso *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. EUA*, donde el tribunal indicó que el objetivo del TLCAN es proteger a los inversionistas extranjeros, a pesar de reconocer la injusticia cometida en este caso. *Loewen v. EUA* párrafo 242.

llevan a una situación de dominio o prevalencia. Sería conveniente que el instrumento internacional que incluya el concepto del control proporcione indicadores para su determinación, ya que de lo contrario la solución casuística puede acarrear extravagancias interpretativas y con ello inseguridad jurídica. Éste es el caso del TLCAN, que da la facultad de presentar reclamación al inversionista de una Parte en representación de una empresa, persona moral propiedad del inversionista, sin señalar porcentaje requerido, o que esté bajo su control directo o indirecto.<sup>193</sup>

### **2.2.1. Sometimiento de reclamación al arbitraje.**

Se dispone en los artículos 1116 y 1117 del TLCAN que los inversionistas individuales o en representación de una empresa pueden reclamar ante un panel de arbitraje internacional violaciones a lo dispuesto en la Sección A del Capítulo XI, cometidas por un gobierno, empresas o monopolios estatales, si el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. Para lo cual no debe haber transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos.

En el Anexo 1120.1 México dispuso que si el inversionista alega en un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo mexicano por los supuestos establecidos en el párrafo anterior no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a la Sección B del capítulo XI del TLCAN. Salvo lo anterior, siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter, con fundamento en el artículo 1120 del TLCAN la reclamación a

---

<sup>193</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 36-40.

arbitraje de acuerdo con las reglas del CIADI si ambas partes son signatarios del mismo; del mecanismo complementario del CIADI cuando una de las Partes es signataria de este mecanismo, pero no ambas; o las reglas de CNUDMI.

A la fecha sólo Estados Unidos de América es parte del CIADI, no siéndolo México ni Canadá. Por tanto, mientras Canadá y México no se adhieran a ese Convenio, los arbitrajes del capítulo XI del TLCAN se regularán siempre por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o por las Reglas de CNUDMI. Se regularán por el Mecanismo Complementario cuando el inversionista o el demandado sean de Estados Unidos y por las Reglas de CNUDMI, 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 CNUDMI.

#### **2.2.1.1. Reglas del Convenio de CIADI.**

Las Reglas del convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965, conocido como Convenio de CIADI, regirá las controversias cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados Parte del mismo.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se estableció con base en la Convención sobre el Establecimiento de los Conflictos de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros Estados, en vigor a partir del 14 de octubre de 1966, conocido como el Convenio de Washington o CIADI, en cuya convención se buscó establecer procedimientos imparciales de solución de disputas, que trajeran como consecuencia promocionar el flujo de inversiones privadas a nivel internacional. El CIADI consta de 75 artículos que señalan la composición del CIADI, su jurisdicción, procedimientos de conciliación y arbitraje,

costos y sedes de los procedimientos e inclusive disputas entre los Estados Parte.<sup>194</sup>

El hecho de que muchos países en Latinoamérica no hayan ratificado la Convención es la base de un problema que plaga el CIADI y el flujo de capitales de inversión y tecnología proveniente de naciones desarrolladas a naciones menos desarrolladas. Las naciones más necesitadas de capital extranjero para inversión, como algunas de Sur y Centro América, reprobaban tomar ventaja con prácticas imparciales de comercio internacional que atraería la inversión extranjera y la cooperación en negocios. Por el contrario, esas naciones se comprometían en pactos económicos regionales con beneficios a corto plazo y perjuicios a largo plazo. Se considera que el origen de la desconfianza de los latinoamericanos en el CIADI y respecto de todos los tribunales extranjeros se encuentra en la Doctrina Calvo, que surgió de la oposición Latinoamericana al colonialismo europeo, con la que también fundamentan el uso del derecho local para el arreglo de diferencias. La razón detrás de este requisito es la creencia de que los extranjeros deben recibir el mismo trato que los ciudadanos locales.<sup>195</sup>

En el CIADI se prevén dos sistemas de resolución de controversias: la conciliación y el arbitraje. Ambos sistemas tienen marcadas diferencias de naturaleza y efectos que se traducen necesariamente en el número de casos sometidos a estos sistemas de solución de controversias. En este sentido, son cuatro los casos sometidos a conciliación frente a más de un centenar que hay en arbitraje. Por otro lado, tenemos que son tres las vías de acceso al Centro, y en este sentido se puede acceder al Centro mediante un contrato firmado por las partes, constando de esta manera el consentimiento en un mismo documento y no de manera abstracta y diferida; una segunda vía es a través de una legislación interna donde sí se difiere el otorgamiento de los consentimientos,

---

<sup>194</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>195</sup> SPRAGUE, Michael T., "A courageous course for latin america: urging the ratification of the ICSID", Houston journal of International Law, Vol. 5:157, 1982, p. 157 a 178.

pues mientras el Estado lo hace en su legislación interna, antes de surgir el conflicto, el inversor lo hará al momento de plantearse éste; la tercera vía de acceso se representa por medio de un convenio bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (llamados APPRIS / BIT, Bilateral Investment Treaty).<sup>196</sup>

Es un sistema de arbitraje que constituye un mecanismo hermético, ya que una vez que se ingresa en él ya no es posible salir del mismo; un sistema autorreferencial, ya que se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo, que inhibe toda pretensión de control, por vía de un tribunal nacional, entre el texto, la interpretación y la aplicación de un tratado y normas de jerarquía superior vigentes en el país.<sup>197</sup>

Se alcanzan dos conclusiones que no pueden obviarse, que el CIADI representa un escaparate internacional de repulsión o aceptación de capital extranjero, es decir, el CIADI se convierte en un medidor de la situación interna, político – administrativa e incluso económica, de los Estados. De los casos mexicanos se observa que varios datos y circunstancias dejan de ser un atractivo para la atracción de dicho capital; y que se ha convertido, como bien se deja ver en el caso Robert Azinian, en una importante medida de presión para el Estado, un arma sin control en manos del inversor extranjero.<sup>198</sup>

#### **2.2.1.2. Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.**

El CIADI pasó seis años para conocer su primer caso, por lo que durante varios

---

<sup>196</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Op. Cit., p. 172.

<sup>197</sup> ROSATTI, Horario D., Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino, citado por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Op. Cit., p. 175.

<sup>198</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Op. Cit., p. 175 y 176.

años pareció ser un ejercicio y un gasto fútil. El CIADI proporcionaba instalaciones para la conciliación y el arbitraje de conflictos, sólo entre los países miembros y los inversionistas que califican como nacionales de otros países miembros. A lo anterior había que agregar el número limitado de ratificaciones del Convenio CIADI en esa época. Por lo que se establecieron y están en pleno funcionamiento las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, adoptadas el 27 de septiembre de 1978, las que tienen la misma función pero se aplican cuando una de las partes, pero no ambas, sean parte del Convenio del CIADI.

El arbitraje Inversionista contra Estado que se lleva a cabo conforme al Convenio CIADI es competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o Centro; y se lleva a cabo conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario, y es administrado por el Secretariado del Centro. El primer caso registrado con base en las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI surgió hasta 1997, sin embargo, su uso se ha incrementado notablemente en los últimos años.

El Secretariado puede administrar, con fundamento en las Reglas del Mecanismo Complementario, los siguientes tipos de 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; de conciliación y 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 de comprobación de hechos.<sup>199</sup>

Estas reglas han sido nombradas para ser utilizadas en procedimientos

---

<sup>199</sup> ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, Las características del arbitraje del CIADI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, 2002, vol. II, p. 208 y 209.

instituidos con base en un número considerable de BITs, TLCs e inclusive leyes nacionales de inversión extranjera, por lo que es de esperarse que su uso continúe en aumento. Las Reglas del Mecanismo Complementario, en su artículo 3, excluyen la aplicación del Convenio CIADI, quedando sujetas a la aplicación e interpretación de los árbitros y en su caso de la autoridad judicial del país al que se haya sometido el procedimiento de nulidad, o el reconocimiento y ejecución del laudo. Así mismo, obligan a que la sede del arbitraje sea en Estados Parte de la Convención de Nueva York de 1958, lo que acarrea la posibilidad de que sigan procedimientos de nulidad, ejecución y reconocimiento ante los tribunales de cualquier país.

Se pueden hacer las siguientes distinciones entre el mecanismo del CIADI y el complementario del mismo:

a) En tanto que el laudo emitido con base en el Convenio CIADI no es apelable, pero está sujeto a la posibilidad de un procedimiento de anulación ante un Comité ad hoc (tres personas designadas por el Presidente del Consejo Administrativo), el laudo emitido con base en las Reglas del Mecanismo Complementario y CNUDMI está sujeto a la oposición de su reconocimiento y ejecución y al recurso de nulidad;

b) La revisión del laudo emitido con base en el Convenio CIADI se lleva a cabo por un órgano interno, en tanto el de revisión del laudo con base en las Reglas del Mecanismo Complementario y CNUDMI se hace frente a los tribunales judiciales ya sea del lugar de la sede del arbitraje, o de los del país cuyas leyes se utilizaron para resolver el fondo de la controversia;

c) Las causas por las que cabe el recurso de nulidad conforme al Convenio CIADI, son diferentes a las causas conforme a las cuales se puede anular u oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo con base en las Reglas del Mecanismo Complementario y CNUDMI.

México y Canadá han sido condenados por decisiones de los Tribunales Arbitrales constituidos con base en el TLCAN, en tanto EUA no lo ha sido. Es lógico pensar que la postura de unos y otro sea diferente, ya que el riesgo de la no apelación en el Convenio CIADI es superior para quien tiene mayores posibilidades de ser condenado.<sup>200</sup>

En la actualidad 142 países han firmado el Convenio de Washington, de ellos 134 lo han ratificado; un dato, sin lugar a dudas, que demuestra la importancia práctica que tiene el CIADI. El caso mexicano es especialmente interesante, porque es uno de los países más demandados ante el CIADI y cuyo acceso al mismo es por la vía del denominado mecanismo complementario (adicional facility).<sup>201</sup>

### **2.2.1.3. Reglas de CNUDMI.**

El Reglamento de Arbitraje de CNUDMI o UNCITRAL, elaborado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, fue resultado de innumerables sesiones de expertos y representantes de diversos países, hasta lograr un producto admirable y de alta aceptación, mismo que se utiliza tanto en arbitrajes nacionales como internacionales. Su propósito fue ser utilizado en arbitrajes ad hoc y el resultado ha sido mayor que el esperado, ya que además de ser designado en cláusulas compromisorias para ser aplicado en controversias, ha sido adoptado como reglamento por diversas instituciones arbitrales en el mundo.

---

<sup>200</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 225-232.

<sup>201</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 169 y 170.

El Reglamento se integra por 41 artículos que de manera sencilla y precisa se refieren a la integración del tribunal arbitral, al procedimiento, al laudo, a los costos, cubre aspectos generales e inclusive hace alusión a la cláusula compromisoria modelo. Es apropiado hacer la aclaración a efecto de evitar confusión entre la Ley Modelo de Arbitraje de CNUDMI, que consistente con su política de buscar la uniformidad en materia comercial en el mundo, preparó este modelo de ley a efecto de que se adoptara como ley nacional en los países que lo consideren apropiado; y el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI, que tiene como propósito establecer las reglas que se aplicarán en el procedimiento arbitral que las adopte.<sup>202</sup>

Las reglas propias de cada uno de los tres procedimientos arbitrales mencionados serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección.

### **2.2.2. Condiciones previas al sometimiento de una demanda al procedimiento arbitral.**

El TLCAN establece los siguientes requerimientos preeliminarios al arbitraje:

1. Consulta y negociación: las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación (art. 1118). En virtud de que no se establece un mecanismo o término para completar esta fase, es aconsejable que el inversionista lleve a cabo esfuerzos de buena fe, de lo contrario corre el riesgo de incumplir con este precepto.

---

<sup>202</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 226-227.

2. Aviso de intención: Debe darse por el inversionista que desee someter su reclamación a arbitraje, por lo menos 90 días antes de la presentación formal de la reclamación. La obligación queda consignada en el artículo 1119, que señala los requisitos a cumplirse, tales como identificación de inversionista y empresa en su caso, violación al tratado y a otras disposiciones aplicables, fundamentación, reparación y daños reclamados.

3. Período de espera (cooling period): seis meses que corren a partir de la fecha en que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación (artículo 1120), en el entendido que éste y el término mencionado en el párrafo anterior (aviso de intención) pueden correr de manera concurrente. A este período se le ha identificado como período de enfriamiento, en razón de que se le da este término al inversionista para que medite y actúe con la cabeza fría y quizás llegue a negociar su reclamación con el Estado, el que también se beneficia de un plazo de reconsideración y enfriamiento.

4. No prescripción: el inversionista puede iniciar su reclamación dentro de los tres años siguientes contados 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 si sufrió pérdidas o daños (artículo 1116 párrafo 2). Es decir, que un requerimiento es que no haya prescrito el derecho de iniciar la reclamación.

5. El artículo 1121 del TLCAN dispone que un inversionista contendiente por cuenta propia y un inversionista en representación de una empresa, podrán someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con la Sección B del capítulo XI del TLCAN solo si: a) en el caso del inversionista por cuenta propia, este consciente en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en esta sección; b) en el caso del inversionista en representación de una empresa, tanto el inversionista como la empresa consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos

establecidos en esta sección; y c) el inversionista o la empresa, o ambos, según sea el caso, se comprometen a renunciar por escrito a su derecho de iniciar procedimientos ante tribunal judicial alguno con respecto a la presunta violación del capítulo de inversión, lo anterior no se aplica al ejercicio de los recursos administrativos ante las propias autoridades que han adoptado la medida presuntamente violatoria, previstos en la legislación de la Parte contendiente. Solo en el caso de que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa no se requerirá la renuncia de la empresa conforme a este párrafo. En el caso *Waste Management 1 contra México*, el Tribunal Arbitral consideró que no se cumplió con la renuncia, ya que el inversionista continuaba promoviendo ante los tribunales mexicanos, razón ésta por la que resolvió que no tenía jurisdicción, es decir, que no se había cumplido una condición previa al arbitraje.<sup>203</sup>

Por 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 de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales, respecto de la medida presuntamente violatoria de las disposiciones del tratado, lo cual no impide que agote esas instancias antes de recurrir al arbitraje. En el caso de México, el procedimiento arbitral es excluyente de la vía ante tribunales nacionales y ésta es excluyente de aquel.

Conviene explicar el alcance de esta disposición y sus efectos. La diferencia de regímenes responde, fundamentalmente, a los siguientes factores:

a) la necesidad de evitar una duplicidad de foros, con la posibilidad de que se rindan decisiones contradictorias, así como a impedir que las decisiones de los árbitros sean revisadas en el fuero interno;

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 242 -245.

b) el contexto jurídico internacional, constituido, principalmente por el Convenio del CIADI, que señala en su artículo 26 que el consentimiento al arbitraje se entenderá con exclusión de cualquier otro recurso, sin perjuicio de que los Estados puedan exigir o permitir, como en el caso de Estados Unidos y Canadá el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales;

c) la distinta recepción del derecho internacional en cada una de las partes del TLCAN ya que en México, por disposición constitucional, los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y aprobados por el Senado, son ley suprema de la Unión. Consecuentemente, no requiere de actos ulteriores para su validez y aplicación. En otras palabras, son autoaplicativos; y en Estados Unidos y Canadá, el tratado requiere ser implementado a través de la legislación nacional, para su aplicación.

En Estados Unidos y Canadá al requerirse 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. Consecuentemente, no se presenta una duplicidad de foros, toda vez que el arbitraje no versa sobre la legislación que implementa el tratado, sino sobre las disposiciones del tratado mismo.<sup>204</sup>

El consentimiento requerido por esta regla se manifestará por escrito, se entregará a la Parte contendiente y se incluirá en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. El consentimiento del inversionista para someter la reclamación a arbitraje se considerará como suficiente para cumplir los requisitos señalados.

---

<sup>204</sup> PEREZCANO DIAZ, Hugo, La Solución de Controversias en el Marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, El futuro del libre Comercio en el Continente Americano – Análisis y Perspectivas, 1997, s/p, p. 9 y 10.

### 2.2.3. Número de Árbitros y métodos de nombramiento.

Tal como lo dispone el artículo 1123 del TLCAN el tribunal estará integrado por tres árbitros, cada Parte contendiente nombrará uno, y de común acuerdo nombrarán al tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal, esto sin perjuicio de que las partes contendientes acuerden algo distinto.

Cuando un tribunal, que no sea el tribunal de acumulación, no se integre dentro de un plazo de noventa días contados a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General de CIADI a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará a su discreción, al arbitro o árbitros no designados todavía, pero no al presidente del tribunal. A partir de la fecha de entrada en vigor del tratado, las Partes establecerán y mantendrán una lista de 45 posibles presidentes del tribunal arbitral, que reúnan las cualidades establecidas en el Convenio de CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y que cuenten con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión. Los miembros de la lista serán designados por consenso sin importar su nacionalidad.

El Secretario General de CIADI designará al presidente del tribunal de la lista a la que se refiere el párrafo anterior, asegurándose que el presidente del tribunal no sea nacional de las partes contendientes, en caso de que no se encuentre en la lista árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General del CIADI lo designará del Panel de árbitros de CIADI, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de las Partes contendientes.

Lo anterior es de suma importancia para la eficiencia del procedimiento planteado en el TLCAN para la solución de controversias en materia de inversión, porque no permite que el mecanismo sea discrecional, como ocurre con el

capítulo XX del mismo tratado, donde como se analizó si una de las Partes contendientes no nombra a uno de los árbitros no se conforma el tribunal. Esta disposición en el mecanismo del capítulo XI ha logrado que los tribunales se consoliden independientemente de la voluntad de las Partes.

#### **2.2.4. Consentimiento para la designación de árbitros.**

Para los propósitos del artículo 39 del Convenio de CIADI y del artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo complementario y sin perjuicio de objetar a una arbitro sobre base distinta a la nacionalidad:

a) la Parte contendiente acepta la designación de cada uno de los miembros de un tribunal establecido conforme al Convenio de CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI.

b) un inversionista contendiente, por cuenta propia o en representación de una empresa, podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio de CIADI, o las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, únicamente a condición de que el inversionista contendiente y, en su caso, la empresa que representa, manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

#### **2.2.5. Acumulación de procedimientos, Participación de una Parte y Documentación.**

El artículo 1126 del TLCAN dispone que si cualquiera de las partes contendientes

solicita la acumulación de procedimientos, se instalará un tribunal de acumulación con apego a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y procederá de conformidad con lo contemplado en esas reglas, salvo lo que disponga la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

Cuando un tribunal de acumulación determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, plantean cuestiones en común de hecho y de derecho, en interés de su resolución justa y expedita, y habiendo escuchado a las partes contendientes podrá acordar asumir jurisdicción, tramitar y resolver alguna o todas las reclamaciones de manera conjunta, o una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras.

Una parte contendiente que pretenda que se determine la acumulación conforme al párrafo anterior, solicitará al Secretario General de CIADI que instale un tribunal de acumulación y especificará en su solicitud el nombre de la Parte contendiente o de los inversionistas contendientes contra quienes se pretenda obtener el acuerdo de acumulación, la naturaleza del acuerdo de acumulación solicitado y el fundamento de dicha petición.

Cuando se establezca un tribunal de acumulación, el inversionista contendiente que haya sometido una reclamación a arbitraje, y no haya sido mencionado en la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, podrá solicitar por escrito a ese tribunal que se le incluya en la petición de acumulación y especificará en su solicitud, además de los datos especificados en la solicitud del párrafo anterior, el nombre y domicilio del inversionista contendiente y, en su caso, la denominación o razón social y el domicilio de la empresa. La Parte contendiente que presente la solicitud proporcionará, a costa del inversionista interesado, copia de la petición de acumulación a los inversionistas contendientes contra quienes se pretende obtener el acuerdo de acumulación.

Dentro de un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de la petición, el Secretario General de CIADI designará de la lista para posibles presidentes del tribunal arbitral, a la que nos referimos anteriormente, a los tres miembros del tribunal de acumulación, indicando quien lo presidirá. En caso de que no encuentre en la lista a las personas necesarias las hará del Panel de árbitros de CIADI, de no haber disponibilidad en dicho Panel las designará discrecionalmente. Un miembro del tribunal será nacional de la Parte contendiente, otro de la Parte a la que pertenezca uno de los inversionistas contendientes y el presidente del tribunal de acumulación no será nacional de las partes contendientes.

Una vez que el tribunal de acumulación haya asumido jurisdicción sobre una reclamación cesará la jurisdicción del tribunal constituido para conocer de ella. A solicitud de una parte contendiente, el tribunal de acumulación podrá, en espera de su decisión sobre su jurisdicción respecto de una reclamación, disponer que el tribunal arbitral constituido para resolverla suspenda los procedimientos.

Dentro de un plazo de 10 días contados a partir de la fecha de su recepción, la Parte contendiente hará llegar al Secretariado copia de:

a) la solicitud de arbitraje hecha conforme al párrafo 1 del artículo 36 del Convenio de CIADI,

b) la comunicación de arbitraje en los términos del artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI;

c) la comunicación de arbitraje hecha conforme a las reglas de Arbitraje de CNUDMI;

d) la petición de acumulación hecha por un inversionista contendiente o por la Parte contendiente; o

e) la petición de inclusión en una solicitud de acumulación hecha por un inversionista contendiente.

El Secretariado conservará un registro de dichos documentos.

La Parte contendiente entregará a las otras Partes la notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje dentro de los 30 días siguientes a la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y la copia de todos los escritos presentados en el procedimiento arbitral.

Cuando un inversionista presente una reclamación en representación de una empresa que esté bajo su control efectivo y de manera paralela otro u otros inversionistas que tengan participación en la misma empresa, sin tener el control de ella, presenten reclamaciones por cuenta propia como consecuencia de las mismas violaciones, el panel de acumulación examinará conjuntamente esas reclamaciones, salvo que determine que los intereses de alguna de las partes contendientes se verían perjudicados.

Una Parte podrá, previa comunicación a las partes contendientes, hacer llegar a cualquier panel establecido conforme a esta sección, su opinión sobre una cuestión de interpretación del tratado en cuestión.

Cada Parte, con fundamento en el artículo 1129 del TLCAN, tendrá derecho a recibir, si lo solicita y a su costa, de la Parte contendiente una copia de las pruebas ofrecidas a cualquier tribunal establecido conforme a esta sección; y las comunicaciones escritas presentadas por las partes contendientes. Así mismo, la Parte que reciba información la tratará como si fuera parte contendiente.

**2.2.6. Derecho aplicable, sede del procedimiento arbitral, interpretación de los anexos de reservas y excepciones, medidas provisionales o cautelares, laudo definitivo y dictámenes de expertos.**

Cualquier panel establecido conforme a esta sección:

a) decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el tratado y con las reglas aplicables del Derecho Internacional, esto con fundamento en el artículo 1131 del TLCAN.

b) salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, se llevará a cabo en el territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York y será elegido de conformidad con las reglas de CIADI, del Mecanismo Complementario de CIADI o de CNUDMI, según las que rijan el arbitraje en cuestión, tal como lo dispone el artículo 1130 del TLCAN. Lo anterior ha suscitado una discusión en algunos casos surgidos bajo el TLCAN, en los que los Tribunales Arbitrales han seleccionado como sede del arbitraje a ciudades de Canadá y EUA, pero nunca a ciudades en territorio mexicano. Al efecto, se han seguido los pocos lineamientos que las Reglas del Mecanismo Complementario y CNUDMI señalan; así como las Notas sobre la Organización del Procedimiento Arbitral de CNUDMI, que en su párrafo 22 indican como lineamiento, la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral. Esto es reflejo de la debilidad del Poder Judicial mexicano y sus procedimientos, la que también se encuentra en muchos países de Latinoamérica.<sup>205</sup>

c) conforme al artículo 1132 del TLCAN, solicitará a petición de la Parte contendiente, la interpretación de la Comisión cuando esa Parte alegue, como defensa, que una medida presuntamente violatoria del tratado esté

---

<sup>205</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 253.

comprendida en el ámbito de una reserva o excepción consignada en cualquiera de sus anexos. Si la Comisión no presenta por escrito su interpretación dentro de un plazo de sesenta días a partir de la entrega de la solicitud, el tribunal decidirá sobre el asunto. La interpretación de la Comisión respecto de cualquier disposición del tratado será obligatoria para cualquier tribunal establecido conforme a la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

d) el artículo 1134 del TLCAN dispone que, podrá adoptar medidas provisionales para establecer su jurisdicción o preservar los derechos de las partes contendientes, pero no podrá ordenar medidas de embargo ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria del tratado. Para este párrafo una recomendación constituye una orden.

e) cuando dicte un laudo desfavorable a una Parte, ese tribunal solo podrá disponer: el pago de daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución, señalando el monto respectivo. Podrá también ordenar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables y no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo. Cuando la reclamación la haga un inversionista en representación de una empresa, el laudo dispondrá que la restitución o en su caso la indemnización sustitutiva, o cuando proceda el pago de daños e intereses correspondientes, se otorgue a la empresa. El laudo se dictará sin perjuicio de los derechos que cualquier persona con interés jurídico tenga sobre la reparación de los daños que haya sufrido, conforme a la legislación aplicable. Lo anterior con fundamento en el artículo 1135 del TLCAN.

Un panel arbitral resolvió en Agosto de 2000 una cuantiosa indemnización a favor de la empresa Metalclad, bajo la base de considerar que las acciones administrativas no fueron suficientemente transparentes hacia el inversionista extranjero; lo que significó una expropiación indirecta de sus bienes. Si bien el

monto fue cubierto por la Federación, a través de los mecanismos nacionales de coordinación fiscal, la SHCP descuenta del concepto de participaciones federales a los municipios que hagan incurrir en responsabilidad internacional a México por incumplimientos a tratados de comercio, como el caso del TLCAN.<sup>206</sup>

Los tres países han sido demandados por aproximadamente tres mil millones de dólares americanos, el monto de los daños otorgados por tribunales ha sido de US 35.5 millones. Canadá ha sido condenado por 17.8, México por 17.7 y EUA por US 0.0 millones. En ningún caso el monto de los daños superó el 20% de los daños solicitados. México ha pasado de recibir en 1993 inversión extranjera directa por un monto de US 3,468 millones a un monto de US14,251 millones en 2003. Esto indica un claro beneficio frente a un costo reducido que difícilmente puede imputársele a los árbitros sin el análisis detallado de los casos.<sup>207</sup>

Así mismo, el artículo 1133 del TLCAN prevé que a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia del tribunal a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de asuntos científicos, planteada por una parte contendiente en un procedimiento, en los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes, lo anterior sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables.

### **2.2.7. Definitividad y ejecución del laudo.**

Tal como lo dispone el artículo 1136 del TLCAN, el laudo dictado por cualquier tribunal establecido conforme a la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, será

---

<sup>206</sup> ENRIQUEZ ROSAS, José David, Op. Cit., p. 130.

<sup>207</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 128.

obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto. La Parte contendiente acatará y cumplirá el laudo sin demora y dispondrá su debida ejecución. Así mismo, la parte contendiente podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo siempre que:

a) en el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Convenio de CIADI hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo sin que alguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido dichos procedimiento; y

b) en el caso de un laudo definitivo dictado conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI hayan transcurrido tres meses (90 días) desde la fecha en que se dictó el laudo sin que alguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento de revisión o anulación, o un tribunal de la Parte contendiente haya desechado o declarado procedente una solicitud de revisión o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Si la Parte cuyo inversionista fue parte en el procedimiento de arbitraje considera que la Parte contendiente ha incumplido o desacatado el laudo definitivo, podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias entre las Partes establecido en el Capítulo XX del TLCAN, para obtener en su caso, una resolución en el sentido de que la Parte contendiente observe el laudo definitivo y se ajuste a él. Además será para obtener una determinación en el sentido que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este tratado.

El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio de CIADI, la Convención de las Naciones Unidas, sobre el Reconocimiento y ejecución de Laudos arbitrales Extranjeros, celebrada en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) o la

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención Interamericana), independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos contemplados en el párrafo anterior. 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 someta a arbitraje conforme a la Sección B del Capítulo XI del TLCAN surge de una relación u operación comercial.

En México existe una corriente que considera que por tratarse de un arbitraje que no es privado, ni netamente comercial en virtud de que involucra al Estado, escapa a la regulación de la Convención de Nueva York. México, no hizo la declaración prevista en el artículo I párrafo 3, en el sentido de que la Convención de Nueva York sólo se aplicaría a litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno, razón ésta por la que cae en el supuesto amplio de la Convención, aplicable al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

La Convención no distingue el caso de arbitrajes donde el Estado es demandado, en parte, puede alegarse, porque en la época en que fue emitida la práctica no estaba difundida, a lo que podría contestarse con el adagio, donde la ley no distingue no se debe distinguir. Sin entrar en mayor polémica, simplemente se indica que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1993, en una fecha posterior a la Ley Sobre la Celebración de Tratados; y que conforme a tesis de la Suprema Corte de Justicia de México<sup>208</sup>, se ha considerado que "...los tratados internacionales se encuentran en segundo plano

---

<sup>208</sup> Novena Época, Instancia Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, noviembre 1999, Tesis P.LXXVII/99, p. 46.

inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local...".<sup>209</sup>

## **2.2.8. Disposiciones Generales y Exclusiones.**

Una reclamación, conforme al artículo 1137 del TLCAN, se considera sometida a arbitraje en los términos de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN cuando la solicitud para un arbitraje conforme al párrafo 1 del artículo 36 de CIADI o la notificación de arbitraje del artículo 2 de la Parte C de las Reglas de Mecanismo Complementario de CIADI, son recibidas por el Secretario General; o cuando la notificación de arbitraje de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, es recibida por la Parte contendiente.

La entrega de las notificaciones y otros documentos a una Parte se hará en el lugar designado por ella. Los laudos definitivos se publicarán únicamente cuando exista acuerdo por escrito sobre el particular entre las partes contendientes.

En un procedimiento arbitral solicitado de conformidad con lo dispuesto en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, una Parte contendiente no aducirá como defensa, contra demanda, derecho de compensación, u otros, que el inversionista contendiente recibió o recibirá, de acuerdo con un contrato de seguro o garantía, indemnización u otra compensación por todos o parte de los presuntos daños cuya restitución solicite.

El artículo 1138 del TLCAN dispone que no se sujetarán a los mecanismos de solución de controversias dispuestos en la Sección B del Capítulo XI o el Capítulo

---

<sup>209</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 261 y 262.

XX:

a) para el caso de México, las resoluciones que adopte la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que prohíban o restrinjan la adquisición de una inversión en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos que sea propiedad o esté controlada por sus nacionales, o por parte de uno o más inversionistas de otra Parte, así como las resoluciones relativas a si debe o no permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.

b) si se trata de Canadá no se aplicarán a una decisión de Canadá que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de la Investment Canadá Act, relativa a si debe permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.

#### **CAPÍTULO IV. Casos con fundamento en el Capítulo XI Apartado B del TLCAN**

La importancia de analizar los casos en los que México ha sido demandado bajo un procedimiento basado en el capítulo XI Sección B del TLCAN puede ser vista desde dos miradas distintas: la legal, desde la cual se pueden adelantar posibles estrategias de demanda o de defensa y, por otro lado la de políticas públicas, bajo la cual muestra una radiografía de las fortalezas y debilidades de nuestra administración pública, nuestra legislación y sistema judicial. De manera general se puede afirmar que los mecanismos implementados por el TLCAN han tenido un buen desempeño y han logrado su objetivo de solucionar las controversias que se generen con fundamento en dicho tratado así como la finalidad de que las Partes signatarias cumplan con los compromisos adquiridos.

En lo referente a la mirada jurídica, forzosamente se tiene que revisar como cuestión previa el carácter precedente vinculante de dichos casos. Como es común en tribunales internacionales, las decisiones sólo obligan a las partes, pero en la práctica, aun sin contar con *stare decisis*, sí son consideradas de manera importante por los otros tribunales formados con posterioridad. Además, el carácter *inter partes* de la decisión se matiza por la existencia de la cláusula de nación más favorecida en diferentes tratados bilaterales en materia de inversión y por la gran homogeneidad que existe en los mismos. Los casos en los que se ha demandado a México dan muchas luces respecto a lo que se puede esperar de futuras reclamaciones y lo mucho que hay que hacer para garantizar un clima apropiado para la inversión productiva. Así, también se vislumbran huecos en donde la actividad regulatoria del Estado mexicano se puede filtrar, para que de manera proporcional y no discriminatoria se pueda canalizar la inversión extranjera hacia áreas fundamentales para el desarrollo y el abatimiento de la desigualdad. Estos huecos pueden permitir mejores políticas públicas en materia medio ambiental, fiscal, regulación de mercados financieros, apertura de

mercados, laborales y sociales en general.<sup>210</sup>

En cuanto al funcionamiento del capítulo XX, que como ya se analizó en el capítulo tres de este trabajo se refiere al mecanismo de solución de controversias del TLCAN, podemos afirmar que por el número limitado de casos hasta la fecha es evidente que los tres países han implementado en gran parte los términos convenidos en el TLCAN, que la sensibilidad política interna que complicó la negociación en el TLCAN también hizo difícil negociar la resolución de los conflictos que surgieron posteriormente e hizo necesario el uso de dicho mecanismo y que el capítulo 20 tiene problemas con los asuntos verdaderamente espinosos y de gran importancia. Desde luego que cuando los asuntos son lo suficientemente reñidos, como en el caso de la Ley Helms-Burton<sup>211</sup>, no hay ningún panel internacional para la solución de controversias que tenga peso para encargarse de ellos.<sup>212</sup>

Con fundamento en el Capítulo XX del TLCAN se han presentado cuatro casos uno solicitado por los Estados Unidos de América, conocido como Aves y

---

<sup>210</sup> RÁBAGO DORBECKER, Miguel, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 191 y 192.

<sup>211</sup> Ley de 1995 que dispuso sanciones contra las empresas extranjeras, y las personas que trabajen para ellas, que de algún modo se beneficien de propiedades de ciudadanos estadounidenses que fueron confiscadas después de la revolución cubana, y dispuso que particulares puedan demandar a aquellas empresas por daños compensatorios. Canadá y México protestaron que esa iniciativa de ley constituía una afrenta a la soberanía nacional, una violación al derecho internacional y al TLCAN. En 1996, Estados Unidos amenazó a una empresa mexicana llamada Doms, de telecomunicaciones de Cuba. México anunció un proyecto de ley por el que se habría obligado a las empresas mexicanas a ignorar la Helms-Burton, y prometió impugnar a Estados Unidos a través de los procedimientos para la solución de controversias del TLCAN. A finales de 1996 se procedió a la instalación de un panel de la OMC solicitado por la UE. Estados Unidos anunció sin embargo que no participaría en el panel y que ignoraría cualquier decisión que se tomara. Ante esta amenaza, la UE declinó, retiró el caso y buscó resolver el asunto mediante negociaciones. En 1998 la UE y Estados Unidos anunciaron que se había llegado a un acuerdo mutuo. Estados Unidos no revocaría la Helms-Burton, pero se abstendría de aplicarla.

<sup>212</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 32 y 33.

Leche<sup>213</sup>; y tres por México, el de Escobas de Mijo<sup>214</sup>, el de Servicio Transfronterizo de Transporte<sup>215</sup> y el de Azúcar<sup>216</sup> para el cual se solicitó un panel del capítulo 20

---

<sup>213</sup> El primer caso de un panel del capítulo 20 contra de la imposición de aranceles por parte de Canadá sobre una serie de productos agrícolas, principalmente aves, leche y huevos. Estados Unidos argumentó que la arancelización por parte de Canadá "equivale a un incremento arancelario contrario a lo dispuesto por el artículo 302(1) del TLCAN, el panel resolvió a favor de Canadá ya que el artículo 710 del ALCCEU surte el efecto de implantar en el TLCAN el régimen de reemplazo con respecto a las barreras no arancelarias para el comercio agropecuario que fue establecido conforme a la OMC, derechos no disminuidos por el artículo 302(1) del TLCAN.

<sup>214</sup> El caso involucró un número muy reducido de fabricantes de escobas en Estados Unidos, quienes buscaban protegerse de la competencia de México. En 1996, este ramo de la industria logró persuadir a la Comisión Internacional de Comercio de Estados Unidos que las importaciones constituían una causa sustancial de daño serio a la industria nacional y que, por lo tanto, deberían aplicarse aranceles como una medida de salvaguarda de emergencia. México consideró que la aplicación de aranceles era claramente violatoria del TLCAN, e invocó el capítulo 20 para solucionar el conflicto. El panel dictaminó, que la imposición de salvaguardas constituía una violación persistente de las obligaciones de Estados Unidos conforme al TLCAN y el panel recomienda que Estados Unidos ajuste su comportamiento a la brevedad posible. En cumplimiento Estados Unidos retiró la protección a las escobas de mijo. En este caso, el capítulo 20 funcionó bien.

<sup>215</sup> El caso más controvertido del capítulo 20 hasta la fecha, involucró la decisión de Estados Unidos de no abrir su frontera a los servicios mexicanos de auto transporte de carga, de conformidad con lo dispuesto por el TLCAN. Desde 1982, Estados Unidos impuso una moratoria a la operación de camiones y autobuses mexicanos en el territorio de Estados Unidos alegando motivos de seguridad con respecto al transporte en camión mexicano y a los conductores nacionales mexicanos del transporte en camión y una gran diferencia de jornal por trabajo igual entre los conductores. En el capítulo 12 del TLCAN, Estados Unidos había aceptado empezar a abrir sus fronteras, de manera inmediata, a la prestación local de servicios de auto transporte de carga hasta llegar al 1° de enero de 2000 con la autorización para la prestación de servicios de largo trayecto en todo el territorio de Estados Unidos. El 6 de febrero de 2000 el panel se pronunció por unanimidad a favor de México. Laudo que hasta la fecha no se ha cumplimentado.

<sup>216</sup> Los productores estadounidenses de azúcar por mucho tiempo han figurado entre las industrias más subsidiadas y protegidas. Como resultado los precios del azúcar en Estados Unidos son considerablemente más elevados que en otras partes del mundo. Dado que México consumía mucho más azúcar que lo que producía, pese a ser un productor importante del mismo, En el TLCAN Estados Unidos aceptó una fórmula complicada, según la cual las importaciones de México a Estados Unidos crecerían de 7,200 toneladas por año a 25,000 toneladas por año en el curso de los primeros seis años del acuerdo, pasarían a incrementarse fuertemente a 150,000 en el año 2000, y a partir de entonces registrarían un aumento adicional del 10% anual, a cambio de que México abriera por primera vez sus mercados a los edulcorantes de maíz más baratos que el azúcar. A raíz de la entrada en vigor del TLCAN se registró un aumento acelerado de las exportaciones de Estados Unidos del edulcorante de maíz a México en la medida en que las empresas

del TLCAN, pero no se ha procedido a la integración del mismo hasta la fecha. En trece casos más no se ha instalado un panel arbitral pues la controversia se ha resuelto durante la etapa de consultas.

El capítulo 19 incrementó la seguridad de las relaciones comerciales para los tres países, al brindar a los exportadores una vía para impugnar la aplicación inapropiada de cuotas antidumping y compensatorias. Contra lo que podría esperarse, los paneles del capítulo 19 no han tenido hasta ahora dificultad alguna en su toma de decisiones que pueda atribuirse a las diferencias entre los sistemas de derecho civil y consuetudinario. En principio porque los panelistas se han empeñado en cumplir seriamente con su obligación de aplicar las leyes nacionales del país importador y porque el capítulo 19 se diseñó en gran medida con base en la práctica anglosajona sobre la revisión en apelación (appellate review), y no constituye en su base una amalgama de sistemas legales diferentes.<sup>217</sup>

El récord general del capítulo 19 es positivo, ya que se han llevado ante los paneles de ese capítulo 116 casos, que sin controversia en su mayoría han sido resueltos en forma expedita. Ciertamente, se han reducido el número de controversias de política intergubernamental, por la existencia del capítulo 19. La mayor parte de la crítica surge de la inconformidad con los resultados emitidos en los casos Pork, Swine y Softwood Lumber. No es de extrañarse que estos casos

---

embotelladoras de refrescos y otras industrias elaboradoras de alimentos sustituyeron la sacarosa por la fructuosa, provocando una crisis en la industria azucarera de México. En diciembre, el Congreso de México aprobó la legislación que impuso un nuevo impuesto sobre todos los refrescos que utilicen JMAF. El presidente Vicente Fox rescindió el impuesto, una medida que posteriormente fue declarada ilegal por la Suprema Corte de Justicia. En agosto de 2000, México solicitó formalmente por escrito el establecimiento de un panel arbitral del TLCAN, Estados Unidos se mostró reacio a aceptar la solicitud, y México retrocedió. En diciembre de 2001, México amenazó con buscar una mediación internacional si Estados Unidos no aceptaba el establecimiento de un panel arbitral en concordancia con las disposiciones del TLCAN, lo cual hasta la fecha no se ha logrado.

<sup>217</sup> VEGA CÁNOVAS, Gustavo, Op. Cit., p. 64 y 65.

hayan provocado controversia, dado que involucraban el valor comercial más elevado de cualquiera de los casos de los Estados Unidos que hayan sido sometidos a un panel y que además, tenían que ver con algunas de las industrias más poderosas, políticamente hablando. El enfoque dado a estos tres casos tan politizados es desafortunado y no le hace justicia a la eficacia del sistema del Capítulo 19 en su totalidad.<sup>218</sup>

A la fecha de los 116 paneles con fundamento en el capítulo XIX México ha participado como demandado en 17 casos, en nueve se han emitido decisiones de devolución o confirmación de la resolución impugnada, cinco han sido desistimientos y tres están en trámite. Canadá ha sido parte demandada en 22 ocasiones, de las cuales en 14 se han emitido decisiones de devolución o confirmación de la resolución impugnada y ocho han sido desistimientos. En cuanto a los Estados Unidos en 77 ocasiones ha participado como demandado, de ellos en 26 casos se han emitido decisiones de devolución de la resolución impugnada, en 5 casos se confirmaron las resoluciones impugnadas, 37 casos fueron desistimientos y 9 casos están aun en trámite. Se han presentado tres casos ante Comités de Impugnación Extraordinaria con fundamento en el Capítulo XIX del TLCAN, todos ellos solicitados por los Estados Unidos de América y en los tres el Comité confirmó la decisión del panel binacional.

Con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN se han presentado cuatro casos donde no se ha llegado a reclamación, calificándose únicamente como notificaciones. Véase Cuadro 4.1. Notificaciones de inversionistas contra México con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN, donde además de enunciar a las partes en controversia se hace referencia a los hechos, el fundamento y el resultado de dichos casos.

---

<sup>218</sup> AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, FRIED, Jonathan, ROH JR, Charles, LAIZNER, Christianne y OLIVER, David, El Capítulo 19 del TLCAN: Revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales, en Comercio a Golpes: Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN, Ed. ITAM y

En cuanto a los casos que con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN han llegado a reclamaciones por parte de inversionistas de los países Parte se han iniciado 26 casos, de los cuales contra el gobierno de México fueron doce, nueve contra Canadá y cinco contra Estados Unidos. De estos 24, se han decidido diez por parte de tribunales arbitrales, cinco de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México, dos en contra del gobierno de Canadá y tres en contra del gobierno de Estados Unidos. Uno de los nueve casos contra Canadá se resolvió por convenio entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense. En dos casos uno contra los Estados Unidos y otro contra Canadá, los tribunales arbitrales respectivos rechazaron la reclamación como se presentó dándole oportunidad al inversionista para replantearla. En otros tres casos el inversionista no prosiguió con la reclamación o se desistió y el resto se conforma por casos pendientes.

Los daños reclamados han variado desde la cantidad de 970 millones de dólares en el caso Methanex hasta 16 millones de dólares en el caso Mondeu. El monto de daños otorgados por tribunales ha variado de un máximo de 16.7 millones de dólares en el caso Metalclad hasta 461 mil dólares en el caso Pope and Talbot. En ningún caso el monto de daños otorgados ha superado el 20% de los daños solicitados por el inversionista demandante. Las demandas más voluminosas en cuanto a daños reclamados se han entablado contra los Estados Unidos, pero ninguna ha resultado favorable para los demandantes. El cuadro 4.2. nos muestra una relación de los casos que se han presentado con fundamento en el capítulo XI Sección B del TLCAN, lo cual nos da una visión general de los mismos.

De los veintiséis casos que han prosperado en arbitraje ante un panel analizaremos los doce casos en los que México ha sido demandado, en virtud de

que ellos nos mostrarán una visión de la sustanciación y resolución de dichas controversias. En algunos de ellos vemos ciertas actuaciones estatales que son susceptibles de mejora, como el caso Metalclad con la emisión del decreto claramente expropiatorio; Robert Azinian, con el cambio de Ley del IEPS, e inclusive el caso Waste Management, con el otorgamiento de concesiones para la recolección de basura después, incluso, de haberse otorgado dicha tarea en condiciones de exclusividad. La lectura de los laudos arbitrales en los que se involucran a México dejan al lector, ciertamente, descorazonado al ver las maniobras estatales, justificadas o no, pero finalmente imputables al Estado.<sup>219</sup>

De todos los casos ventilados ante CIADI se puede extraer una doble cuota a pagar por México, la monetaria, y la de tinte moral; así, encontramos la cantidad de dinero a la que se le condena por los tribunales arbitrales, cantidades nada despreciables, siendo condenado en el mejor de los casos al pago de sus costas; y la situación y organización administrativo política que se ofrece en la actualidad por parte de México a los inversionistas en nuestro país. Los actos por los que nuestro país ha sido condenado no solo son ejemplos que afectan a extranjeros sino que nos muestran un panorama de situaciones a las que se enfrentan los inversionistas aun nacionales. Palabras como corrupción o expropiación indirecta campean a sus anchas por estos casos.

---

<sup>219</sup> RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 264 y 265.

CUADRO 4.1. NOTIFICACIONES DE INVERSIONISTAS CONTRA MÉXICO CON FUNDAMENTO EN EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.	
INVERSIONISTA E INVERSIÓN	HECHOS Y FUNDAMENTO
<p>1. <b>Inversionista:</b> Adams Et. Al. (son diversos inversionistas que administran alojamientos residenciales y mejoras en infraestructura)</p>	<p><b>Inversión:</b> Alrededor de 50 millones de dólares invertidos en una propiedad del "Ejido Coronel Esteban Cantú" en Baja California ubicada a 20 minutos por carretera al sur de Ensenada, frente a la playa, rodeado por el Océano Pacífico y la Laguna Estero, conocida como "Punta Banda" y "Baja Beach Resort", la inversión fue en infraestructura y casas para el establecimiento de un desarrollo turístico residencial. Demandaron por 75 millones de dólares, costas procesales e intereses.</p> <p>- <b>HECHOS:</b> Los inversionistas afirmaron haber recibido documentos de la Secretaría de la Reforma Agraria asegurándoles que sus inversiones eran legales y seguras por un Decreto presidencial de 1973. Las cortes mexicanas decidieron que la propiedad no formaba parte del terreno amparado por dicho decreto y debía restituirse a sus legítimos dueños. Los inversionistas alegaron haber actuado de buena fe y de no haber tenido oportunidad para defender sus intereses en juicio.</p> <p>- El 24 de abril de 2002 el representante legal de los inversionistas se dirigió a la Corte Permanente de Arbitraje solicitando que nombrara a una autoridad para que nombrara a los árbitros con fundamento en las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. El 27 de mayo de 2002 la Corte Permanente de Arbitraje respondió que requería el poder que comprobara su autoridad para actuar en representación de cada uno de los inversionistas enlistados en su notificación de arbitraje, esto para el 27 de junio de 2002. Previa notificación y explicación por parte de México. Por lo que el 14 de febrero de 2003 comunicó que previamente a cualquier decisión debían atender a la solicitud de documentación por parte de CIADI.</p> <p>- <b>FUNDAMENTO:</b> Los artículos del TLCAN: artículo 1102- Trato Nacional, artículo 1105- Estándar Mínimo de Trato, y artículo 1110- Expropiación y Compensación.</p>
<p>2. <b>Inversionista:</b> Calmark Commercial Development Corporation (empresa constituida bajo las leyes del estado de Delaware California EUA).</p>	<p><b>Inversión:</b> una joint venture para desarrollar una atracción turística con hotel y condominios que serían vendidos en tiempos compartidos en un terreno localizado en Cabo San Lucas Baja California Sur, entre el Club Cascadas y Pueblo Bonito, junto al Mar de Cortes</p> <p>- <b>HECHOS:</b> El predio pertenecía a la Srita. Betina Bacon a quien Calmark pagó la suma de \$180,000.00 dólares americanos, la mayor parte del dinero a Somex por deudas de la dueña y la otra parte en efectivo a través del Sr. Robert Bisbee, para la transferencia de la propiedad. Calmark se enteró de que Betina Bacon transfirió la propiedad a Robert Bisbee, Bancomer actuó como Fiduciario.</p> <p>- El 25 de noviembre de 1996 Calmark demandó a Luis Gallardo, Javier Ogarrío y Richard Elliot ante el Ministerio Público de Tijuana por la posible comisión de los delitos de abuso de confianza, abuso de confianza equiparado y abuso por retención. El 2 de agosto de 2000 el ministerio público decidió ejercer acción penal contra ellos ante el Juzgado Séptimo de lo Criminal, la juez dictó orden de formal prisión contra Luis Gallardo, quien huyó a San Diego California, pero seis meses después determinó que el tiempo para poder ejercer acción penal había caducado por lo cual Calmark argumenta que se le negó el acceso a la justicia criminal y civil en México, y que aun cuando el gobierno mexicano hubiera actuado dentro de sus estándares de justicia esto era insuficiente para los estándares del derecho internacional, por lo cual solicitaron el pago de \$400,000.00 dólares americanos por daños, los intereses respectivos desde el 7 de septiembre de 1994 y los gastos y costas judiciales en los que incurra Calmark.</p> <p><b>FUNDAMENTO:</b> El artículo 1105- Estándar Mínimo de Trato del TLCAN.</p>

<p>3. <b>Inversionista:</b> Francis Kenneth Haas (ciudadano americano)</p>	<p>- <b>Inversión:</b> Sharpa de México S.A. de C.V. constituida ante el notario público número 5 para el Distrito Judicial Hidalgo en la Ciudad Hidalgo del Parral, el 9 de octubre de 1996, entre los Sres. Jorge Luis Pando del Hierro, Jose Francisco Shaar Torres y el sr. Francis Kenneth Haas, y cuyo objeto era la industrialización, explotación y comercialización de productos de madera, con la peculiaridad de que Francis Kenneth Haas o sus sucesores o cesionarios tendrían el exclusivo poder de nombrar al Director, así como de abrir y cerrar las cuentas bancarias y la empresa Productos Forestales del Rey S.A. de C.V. PROFORSA con Jeffrey Janssen y Francisco Wong Garcia para fabricar muebles mediante convenio accionario ratificado el 11 de junio de 1999 ante la fe del notario público número 9 del Distrito Judicial Morelos en la Ciudad de Chihuahua, el Lic. Francisco De Asis Garcia Ramos, con un capital social de 50000 pesos.</p> <p>- <b>HECHOS:</b> El gerente general Oscar Fernando Pérez López nombrado por el Sr. Kenneth tuvo que abandonar su cargo y la ciudad tras amenazas de muerte. El Sr. Pando y el Sr. Shaar celebraron una asamblea con ciertas anomalías donde hicieron modificaciones al contrato social.</p> <p>- Las reparaciones que el Sr. Kenneth solicitó son: en inversión directa novecientos ochenta mil dólares dentro de Sharpa de México; intereses por 5 años y medio al 6% anual el primer año y el 20% en los demás que dan un millón trescientos sesenta y un mil ciento cinco dólares; Inversión en PROFORSA por ochocientos noventa y cuatro mil dólares; intereses por dos años y medio por setecientos veintiocho mil dólares por año más los intereses del 10% que equivale a cuatro millones quinientos mil dólares; gastos y costas legales por cinco años y medio por setenta y cinco mil dólares; por la casa que compró en Parral por treinta y dos mil doscientos diez dólares; viajes y costas personales por treinta y cinco mil dólares, honorarios para el juicio ante el TLCAN por veinte mil dólares. Por lo cual fija la demanda en la cantidad de diecisiete millones de dólares.</p> <p><b>FUNDAMENTO:</b> El siguiente artículo del TLCAN: Artículo 1105 – Nivel mínimo de trato</p>
<p>4. <b>Inversionista:</b> Lomas Santa Fe Investments L.P.</p>	<p><b>Inversión:</b> La Parte contendiente es propietaria de un porcentaje mayor al 99% de la empresa, que a su vez es propietaria del predio conocido como "El Encino" ubicado en la zona de la Ponderosa o "Porción Tres" del predio rústico denominado "Totolapa" en Cuajimalpa de Morelos D.F. con un área de 97168399 metros cuadrados, área de las más costosas del país, el inversionista pretendía desarrollar comercialmente la propiedad.</p> <p>- <b>HECHOS:</b> Se presentó la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje fechada el 28 de agosto de 2001 donde únicamente se limitan a dar los datos más genéricos del caso, entre ellos el nombre y domicilio de la empresa que es "Promotora Internacional Santa Fe, S.A. de C.V. ubicada en San Bernabé 389 en San Jerónimo</p> <p>- El inversionista solicita la restitución de la propiedad en el estado original en que se encontraba antes de la expropiación, el pago de daños pecuniarios e intereses correspondientes por treinta millones de dólares, o bien, en pago de daños pecuniarios y los intereses por doscientos diez millones de dólares.</p> <p><b>FUNDAMENTO:</b> Los siguientes artículos del TLCAN: Artículo 1102, Artículo 1103, Artículo 1105, Artículo 1110</p>

<p style="text-align: center;"><b>CUADRO 4.2. CASOS PRESENTADOS CON FUNDAMENTO EN EL CAPÍTULO XI APARTADO B DEL TLCAN.</b></p>		
<p>Parte Demandante</p>	<p>Parte Demandada</p>	<p>Resolución</p>
<p>1. Ethyl Corp (EUA)</p>	<p>Canadá</p>	<p>Resuelto por convenio fuera del arbitraje entre las partes, con el pago de una indemnización de 13 millones de dólares a la demandante. Paralelamente se había presentado una queja con fundamento en el Acuerdo Canadiense de Comercio Internacional, y la decisión fue desfavorable a la medida federal.</p>
<p>2. Azinian et. Al. (EUA)</p>	<p>México</p>	<p>El tribunal arbitral rechazó la reclamación.</p>

3. Metalclad (EUA)	México	El tribunal arbitral determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión, en cuanto a los gastos y costas determinó que cada parte sufrague sus propios gastos y costas así como la mitad de los pagos efectuados por adelantado al CIADI. La Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el laudo bajo el argumento de que el tribunal arbitral excedió su competencia al sustentar su laudo en principios de transparencia que no se encuentran en el capítulo XI del TLCAN.
4. Waste Management II (EUA)	México	El 30 de abril de 2004 se presentó el laudo arbitral donde se resolvió que la conducta del demandado objeto de la reclamación no implica una violación de los artículos 1105 o 1110 del TLCAN, por lo tanto se desechó en su integridad la reclamación de Waste Management y que cada Parte debía cubrir sus propias costas y la mitad de las costas y gastos de este procedimiento.
5. S.D.Myers (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral otorgó a Myers una indemnización equivalente al valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan actualmente el caso en un procedimiento de anulación.
6. Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
7. Pope and Talbot (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 con base en la verificación y revisión de un procedimiento administrativo. Se le ordenó a Canadá que pagara 461,566 dólares al inversor.
8. Methanex (Canadá)	EUA (California)	En curso. Se encontró que la reclamación no cumplía con los requisitos del art. 1101 (1) y se invitó a Methanex a presentar de nuevo la querrela. Methanex la presentó corregida en noviembre del 2002.
9. Ketchum (EUA)	Canadá	No prosiguió
10. Signa (México)	Canadá	No prosiguió
11. CEMSA (EUA) Karpa et. Al.	México	El tribunal arbitral encontró que México había violado el artículo 1102, y determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de dólares y ordenó que cada parte se hiciera cargo del pago de sus propios honorarios por representación legal y costos relacionados y las costas del arbitraje facturadas por el CIADI se dividan en partes iguales entre las partes.
12. Loewen (Canadá)	EUA (Mississippi)	El tribunal arbitral desechó la reclamación por completo al determinar que carecía de jurisdicción sobre el caso, toda vez que la empresa reclamante transfirió sus derechos sobre la reclamación a una empresa estadounidense.
13. UPS (EUA)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso, y el tribunal arbitral le pidió al inversor que presentara una querrela modificada.
14. Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
15. ADF (Canadá)	EUA	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
16. Trammel Crow (EUA)	Canadá	En curso
17. Crompton (EUA)	Canadá	En curso
18. Robert J. Frank (EUA)	México	En curso
19. Canfor (Canadá)	EUA	En curso
20. Fireman's Fund Insurance Company, (USA)	México	El 17 de julio de 2006 el CIADI resolvió que a pesar del daño que se le infringió al inversionista no satisfacen el concepto de expropiación y por lo cual se desecha la demanda y no se otorga ninguna compensación. Cada Parte debería cubrir sus propios costos y que las Partes deberán cubrir los costos del tribunal en proporciones iguales.
21. GAMI Investment (USA)	México	El 15 de noviembre de 2004 el tribunal arbitral emitió su laudo final, la sede del arbitraje fue Vancouver, donde desestimaron en su totalidad las demandas del inversionista sin condena a costas, ya que estas serían a cargo de cada parte.

22. International Thunderbird Gaming Corporation (Canadá)	México	En el laudo arbitral con fecha 26 de enero de 2006 se resolvió que México no violó los artículos en los que fundamento su demanda Thunderbird, así mismo rechazó la totalidad de sus reclamaciones, que los costos del arbitraje fueron por US\$505.252.08 y que esos costos deben repartirse entre Thunderbird y México en proporciones de tres cuartos y un cuarto respectivamente; y que Thunderbird deberá rembolsar a México la suma de US\$1.126.549.38 por concepto de costos de representación legal y US\$126.313.02 por concepto de los depósitos efectuados por México para cubrir los honorarios y desembolsos del Tribunal Arbitral.
23. Victoria Enterprises Ltd. (EUA)	México	En curso
24. Corn Products International Inc. y Tate & Lyle Ingredients Ameritas Inc, (EUA)	México	El 20 de mayo de 2005 el Tribunal de Acumulación negó la solicitud de acumulación presentada por México. El CIADI aprobó el 29 de septiembre de 2004 el acceso a las reglas adicionales y el requerimiento para la institución del arbitraje para ADM y T&L.. Respecto al caso CPI el 13 de julio de 2004 se notificó la instalación del tribunal. El 15 de enero de 2008, el Tribunal emitió su Decisión sobre Responsabilidad en el cual desechó las reclamaciones de violaciones a los artículos 1106 y 110 del TLCAN y determinó que México incurrió en responsabilidad por violación al artículo 1102 del TLCAN. Actualmente se está en espera de que el Tribunal emita su decisión respecto a los daños. Respecto a ALMEX el 21 de noviembre de 2007 el Tribunal emitió su laudo condenando a México al pago de \$ 33, 510, 091.00 de dólares americanos más intereses.
25. Bayview Irrigation Et. Al. (EUA)	México	El 19 de junio de 2007 CIADI resolvió que los inversionistas no podían ser considerados como tales para efectos de las reclamaciones vertidas en este caso, quedando demostrado que son inversionistas pero de Texas no de México. Por lo cual el tribunal se declara incompetente para conocer de las reclamaciones contra México. Dispuso que cada Parte soportara sus propias costas. El 17 de enero de 2008, las demandantes solicitaron la revisión judicial del laudo ante las cortes de Canadá.
26. Cargill Incorporated	México	El 30 de septiembre de 2004 presentó su aviso de intención y el 29 de diciembre de 2004 presentó su reclamación a arbitraje. La fecha de registro es el 30 de agosto de 2005, estando el tribunal todavía por constituirse.

### 1. Robert Azinian y otros contra México, Caso: ARB(AF)/97/2.

Los Señores Robert Azinian de Los Angeles California, Kenneth Davitian de Burbano California y Ellen Baca de Sherman Oaks California, accionistas del 74% de Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (DESONA) son los inversionistas reclamantes. En 1991 el municipio de Naucalpan de Juárez en el Estado de México convocó a compañías nacionales y extranjeras para que presentaran propuestas para una concesión de manejo de residuos sólidos. El 15 de noviembre de 1993 DESONA celebró el contrato de concesión para la recolección y eliminación de basura en Naucalpan de Juárez. El 13 de diciembre DESONA inició

la recolección en la sección Satélite de Naucalpan pero sin suministrar los cinco vehículos de carga trasera previstos en el programa de operaciones del Contrato de concesión.

El Ayuntamiento solicitó asesoría jurídica respecto al Contrato de Concesión y emitió una resolución cuestionando la validez de dicho contrato, el 15 de marzo DESONA inició un procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado. El 21 de marzo el Ayuntamiento anuló el contrato, por lo que DESONA modificó su demanda presentada ante el tribunal. El Tribunal desestimó los reclamos de DESONA mediante sentencia de 4 de julio. El 13 de julio DESONA apeló ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual ratificó la anulación del Contrato de concesión por parte del Ayuntamiento. El 10 de diciembre DESONA presentó demanda de amparo ante el Tribunal Colegiado de Circuito que dictó una resolución favorable al Ayuntamiento ratificando la sentencia de la Sala Superior.

El 17 de marzo de 1997 los accionistas de DESONA iniciaron el procedimiento arbitral con arreglo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, eligieron Toronto como el lugar del arbitraje. Los demandantes solicitaron se les pagara el valor de la concesión como empresa en marcha al 21 de marzo de 1994, el pago de intereses de la cantidad concedida como valor de la concesión por 10% anual, las costas del procedimiento y los intereses simples sobre la totalidad de la cantidad concedida en el laudo arbitral a un tipo del 10% anual. Como petición separada y distinta, los demandantes demandaron el pago de gastos varios por US\$3,600,000, los intereses de la cantidad reconocida en el laudo como gastos varios a un tipo del 10% anual, las costas del procedimiento, una cantidad adicional determinada por el Tribunal para indemnizar la pérdida de oportunidad de éxito comercial del proyecto y los intereses simples sobre la cantidad total a un tipo del 10% anual. Solicitaron que la indemnización solicitada se asignara en 70% a Robert Azinian y en un 20% a Ellen Baca. Los demandantes alegaron que la anulación del contrato de concesión

constituyó un acto de expropiación y que se habían violado los artículos 1110 Expropiación e indemnización y 1105 Nivel mínimo de Trato del TLCAN.

El 1 de noviembre de 1999 el CIADI envió a las partes el laudo arbitral donde se afirmó que falsamente se hizo creer que las personas extranjeras que formaban parte de una empresa experimentada dotada de recursos financieros y tecnológicos adecuados para la tarea encomendada carecían de la capacidad para cumplirlo. Establecieron en el laudo arbitral que no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales y además consideró que no se produjo infracción al art. 1110 y 1105. Por lo que resolvió a favor de la parte demandada ya que respaldó la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión no infringió las obligaciones del gobierno mexicano en virtud del TLCAN y condenó a cada parte a soportar sus propios gastos y a que las cantidades pagadas al CIADI se repartieran por igual.

El laudo en este caso fue el primer fallo emitido por un panel conformado de conformidad con el capítulo XI sección B del TLCAN y se debió a que las sentencias emitidas por los tribunales mexicanos no eran claramente incompatibles con el derecho internacional, no constituyen una negación de justicia y no eran contrarias a la ley mexicana. Por tanto, la aportación que tiene dicho caso respecto al concepto de expropiación del artículo 1110, es que la anulación de un trato de concesión conforme al derecho mexicano no constituye en sí misma una expropiación, si no se prueba que la misma es discriminatoria o arbitraria. Si bien el resultado del laudo favorece a México, un aspecto muy polémico es que por más improcedente que haya sido la reclamación, el Tribunal Arbitral juzgó conveniente dividir las costas entre las partes.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> RÁBAGO DORBECKER, Miguel, Op. Cit., p. 206 y 207.

## 2. Metalclad Corporation contra México, Caso: ARB(AF)/97/01

Metalclad Corporation inversionista reclamante en este caso, es una empresa constituida conforme a las leyes de Delaware, Estados Unidos de América y Eco-Metalclad Corporation es una empresa de los Estados Unidos de América constituida conforme a las leyes de UTAH, en lo sucesivo ECO, es propiedad de Metalclad. ECO es el poseedor del 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales S.A. de C.V. en lo sucesivo ECONSA, sociedad de nacionalidad mexicana.

En 1993 ECONSA compró la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales S.A. de C.V., en lo sucesivo COTERIN, para adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, localizado en Guadalcazar en San Luis Potosí México. COTERIN es el propietario registrado del confinamiento, así como de los permisos y licencias motivo de la controversia, ya que desde 1990 el gobierno federal de México lo autorizó para la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos. El 23 de enero de 1993 el Instituto Nacional de Ecología, INE, organismo independiente de la SEMARNAP otorgó a COTERIN un permiso federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos en la Pedrera, tres meses después Metalclad concluyó un contrato con opción a 6 meses para la compra de COTERIN y de sus permisos, con la finalidad de construir el confinamiento de residuos peligrosos.

El 11 de mayo de 1993 el gobierno de SLP otorgó a COTERIN un permiso estatal de uso del suelo para la construcción del confinamiento con la condición de que se adaptara a las especificaciones y requerimientos técnicos indicados por las autoridades correspondientes y con la aclaración de que no prejuzgaba los derechos o propiedad del solicitante. Metalclad se reunió con el gobernador de SLP y afirma que obtuvo su apoyo, del presidente del INE y del Director

General de la SEDUE, le dijeron que todos los permisos necesarios para la operación del confinamiento se habían otorgado, salvo el permiso federal de operación del confinamiento y que la responsabilidad de obtener apoyo para el proyecto por parte del gobierno estatal y municipal recaía en el gobierno federal. El 10 de agosto de 1993 el INE otorgó a COTERIN el permiso federal para la operación del confinamiento. El 10 de septiembre de 1993 Metalclad ejerció su opción y compró COTERIN, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos lo cual no hubiese ocurrido si no hubiera constatado el aparente apoyo por parte de las autoridades federales y estatales. Metalclad afirmó que poco después de la compra de COTERIN el gobernador de SLP inició una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento.

Metalclad continuó con la construcción abiertamente y sin interrupción hasta octubre de 1994 cuando funcionarios federales y estatales inspeccionaron la construcción del sitio, y el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción. En noviembre del mismo año Metalclad reanudó la construcción y presentó una solicitud para un permiso municipal de construcción. El 13 de enero de 1995 el INE otorgó a Metalclad un permiso federal adicional para la construcción de una celda para la disposición final de residuos peligrosos y otras instalaciones complementarias como el edificio administrativo del confinamiento y el laboratorio. En febrero de 1995 la Universidad Autónoma de SLP, en lo sucesivo UASLP, entregó un estudio confirmando que el sitio de confinamiento con la ingeniería adecuada era geográficamente adecuado.

En marzo de 1995 la PROFEPA, tras una auditoría concluyó que con la ingeniería y operación apropiada el sitio era geográficamente adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos. En marzo de 1995 Metalclad terminó la construcción del confinamiento y manifestantes impidieron la inauguración del mismo. El 25 de noviembre de 1995 Metalclad y México, mediante el INE y la PROFEPA, concluyeron un convenio que establecía y permitía la operación del

confinamiento, el gobernador de SLP denunció el Convenio poco después que se anunciara públicamente. El Municipio le negó a Metalclad permiso para la construcción del confinamiento y la solicitud de Metalclad para reconsiderar dicha negativa fue rechazada. En diciembre de 1995 el Municipio presentó un recurso administrativo ante la SEMARNAP en contra del Convenio, el cual fue desechado por dicha institución. El 31 de enero de 1996 el Municipio presentó un amparo en los tribunales mexicanos contra la resolución de la SEMARNAP y se le otorgó la suspensión provisional por lo que se prohibió a Metalclad la operación del confinamiento, finalmente el amparo se desechó y en mayo de 1999 se levantó dicha suspensión. El 8 de febrero de 1996 el INE otorgó a Metalclad un permiso adicional autorizando el incremento en la capacidad del confinamiento de 36000 toneladas por año a 360000 toneladas por año.

De mayo a diciembre de 1996 Metalclad y el Estado de SLP intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento, los cuales fracasaron, y el 2 de enero de 1997 Metalclad inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del capítulo once del TLCAN y con fundamento en los artículos 1105 Nivel mínimo de trato y 1110 Expropiación y compensación. El 23 de septiembre de 1997 el gobernador emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único, la cual abarcaba el área del confinamiento. Ante esto México también alegó que dicho Decreto al haberse dictado después de la Notificación de la intención de sometimiento a arbitraje está fuera de esta controversia.

La controversia se llevó a cabo mediante el Mecanismo Complementario del CIADI y el lugar del arbitraje fue Vancouver Columbia Británica, Canadá. Mediante laudo con fecha de envío a las partes de 30 de agosto de 2000. El tribunal decidió con fundamento en el monto de la inversión de Metalclad, deducida la desestimación de gastos reclamados por 1991 y 1992, así como el monto reclamado a modo de asignación de gastos y el monto estimado para la reparación, por lo que condenó a la parte demandada a pagar a Metalclad,

dentro de 45 días a partir de la fecha en que el laudo se pronunció, la suma de US\$16,685,000,000, transcurrido dicho plazo, se acumularía un interés compuesto del 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta. En cuanto a los gastos y costas determinó que cada parte pagara sus propios gastos y costas así como la mitad de los pagos efectuados por adelantado al CIADI.

México consideró que el tribunal había excedido su competencia en la forma en que sustentó el laudo y lo impugnó en un procedimiento de nulidad ante la Suprema Corte de Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio de arbitraje, que anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad mediante dictamen de 2 de mayo de 2001, entre otras cosas por la errónea extensión del estándar mínimo, hasta incluir obligaciones de transparencia que no se ha probado que formen parte del derecho internacional consuetudinario. Por tanto, se puso límite a la interpretación indiscriminada de dicho estándar, tendencia que parecía perfilarse como modelo. La Comisión de Libre Comercio dictó una nota interpretativa, el 31 de julio de 2001, en la que aclaró que las frases contenidas en el artículo 1105, relativos a trato *justo y equitativo* y *protección y seguridad* plenas, no requieren un trato adicional al acordado por el derecho internacional consuetudinario.

Este caso ganó su lugar como quizá el caso hasta ahora más paradigmático en el sistema de solución de controversias del capítulo XI del TLCAN, en cuanto a demandas en contra del Estado mexicano se refiere, por diversos motivos muy justificados. Es el primer caso en el que se condena al Estado mexicano al pago de compensación por una violación al capítulo XI del TLCAN; el laudo emanado de dicho caso fue motivo de anulación parcial el 5 de febrero de 2001, por el Juez Tysoe de la Suprema Corte de Columbia Británica; influyó considerablemente en la Declaración conjunta de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del 7 de octubre de 2003; la dificultad de aplicar el artículo 1114 del TLCAN, relativo a estándares medioambientales como freno a una reclamación

en materia de inversiones; queda claro que el decreto ecológico emitido por el gobernador de SLP no respondía a intereses medioambientales, sino a una presión social; el tribunal se pronunció sobre las competencias de la Federación y el municipio en materia ambiental; y varios hechos hacen dudar de la buena fe de Metalclad en la promesa hacia las autoridades federales de que el permiso de construcción municipal no era necesario en primer lugar porque al realizar cualquier asesoría o auditoría legal para establecer la viabilidad de la inversión, lo cual es una práctica normal en operaciones de esta magnitud, cualquier abogado hubiera advertido la necesidad de un permiso de construcción municipal.<sup>221</sup>

### **3. Waste Management II contra México, Caso: ARB(AF)/00/3.**

Waste Management Inc. es el inversionista reclamante, y es una empresa controlada por Acaverde S.A. de C.V., compañía que era la verdadera concesionaria, creada en 1994. El 15 de agosto de 1995 Acaverde comenzó a prestar servicios conforme al título de concesión. Con el tiempo Acaverde acaparó alrededor del 55% del total, pero en general se vio obligada a ofrecer descuentos para atraer clientes y destinó mucho para personal para el servicio público de barrido de calles y recolección de basura, por lo anterior el acuerdo no era comercialmente viable. Además los pagos periódicos del Ayuntamiento fueron un problema. El 27 de octubre de 1997 Acaverde anunció que a partir del 12 de noviembre de 1997 suspendería la prestación de los servicios consignados en el título de concesión, inmediatamente se firmó contrato entre el Ayuntamiento y Setasa.

Acaverde inició dos procedimientos ante tribunales federales mexicanos

---

<sup>221</sup> Ibidem, p. 193 a 197.

contra Banobras por incumplimiento del Contrato de Apertura de Línea de Crédito que fueron desestimados, al igual que las consiguientes apelaciones, así mismo inició un procedimiento de arbitraje ante la CANACO que fue discontinuado. El 29 de septiembre de 1998, mientras aún se ventilaban los procedimientos iniciados en México, Waste Management comenzó el primer arbitraje ante el CIADI, lo que dio lugar a que el Primer Tribunal no diera lugar a su reclamación. El siguiente procedimiento ante el CIADI fue registrado el 27 de septiembre de 2000 fecha en que todas las reclamaciones iniciadas por Acaverde ante los tribunales mexicanos ya habían sido desestimadas y el arbitraje ante la CANACO había sido interrumpido sin que se arribara a ninguna decisión. La demandante no fundó su reclamación en términos de una denegación de justicia en los procedimientos mexicanos sino en los mismos términos que la primera vez que presentó el arbitraje.

El 27 de septiembre de 2000 el Secretario General Interino del CIADI registró una notificación de solicitud de arbitraje de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI por las acciones de varios organismos estatales en relación con su inversión en una empresa dedicada a la prestación de servicios de recolección de basura en la Ciudad de Acapulco Guerrero, mediante un título de concesión otorgado por 15 años por el Ayuntamiento a Acaverde el 9 de febrero de 1995, en el área turística principal y la zona de playas del municipio. Lo que implicaba una violación a los artículos 1110 Expropiación e indemnización y 1105 Nivel mínimo de trato del TLCAN.

El 1 de junio de 2001 México informó al CIADI que objetaba la competencia del tribunal ya que era la segunda vez que la demandante iniciaba un procedimiento respecto de su reclamación, en el primer procedimiento, con número de caso ARB/(AF)/98/2, el tribunal constituido dictó un laudo declinando su competencia ya que la demandante no había renunciado en forma válida a su derecho de obtener reparación en los tribunales locales. La demandante fijó el monto de sus daños en más de US\$36,000,000 y por concepto de costos de

150

desmovilización resultantes de la revocación del título de concesión por US\$630,000 y el resarcimiento de sus costos por representación legal.

La defensa de México negó que la demandante tuviera el estatus de inversionista conforme al capítulo XI fundándose en que la demandante no tenía un interés directo en la inversión realizada en México, ya que el accionista directo de Acaverde era una compañía registrada en las Islas Caimán y no una Parte signataria del TLCAN; así mismo que se tratara de una violación al artículo 1105 “Nivel mínimo de trato” que la demandada invocó contra el Ayuntamiento de Acapulco, el Estado de Guerrero y Banobras; y también negó que se haya realizado una expropiación directa o indirecta de la inversión siendo que una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato.

Con fecha de envío a las partes de 30 de abril de 2004 se presentó el laudo arbitral donde se admitió la reclamación de conformidad con el capítulo XI del TLCAN, resolviendo que la conducta del demandado objeto de la reclamación no implica una violación de los artículos 1105 o 1110 del TLCAN, por lo tanto se desechó en su integridad la reclamación de Waste Management y que cada Parte debía cubrir sus propias costas y la mitad de las costas y gastos de este procedimiento.

El tribunal en este caso, haciendo un análisis de decisiones de paneles anteriores concretamente, S.D. Myers, Mondev, ADF y Loewen, explica que nivel mínimo de trato justo y equitativo se quebranta por el Estado, cuando su conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o indiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. El tribunal llegó a la conclusión de

que la revocación del ayuntamiento del caso tomó forma de una rescisión del contrato con causa justificada, la cual fue confirmada por los tribunales mexicanos. La aportación más grande en el sentido de expropiación es avanzar en la separación clara entre un incumplimiento contractual de un acto expropiatorio.<sup>222</sup>

#### **4. CEMSA (EUA) Karpa et. Al. Contra México, Caso Número ARB(AF)/99/1.**

Corporación de Exportaciones Mexicanas S.A. de C.V. "CEMSA", es la inversionista reclamante, una compañía constituida conforme a las leyes mexicanas, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman Karpa. El procedimiento arbitral se llevó a cabo conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

El tribunal mencionó que gran parte de la complejidad del caso se debe al desacuerdo de las partes en cuanto a los hechos, ya que en algunos casos no existen registros por haber sido destruidos, debido a que en la SHCP solo se conservan los registros por cinco años, y en algunos casos las pruebas presentadas por ambas partes constituyen más una aseveración de la existencia de los hechos que una prueba propiamente dicha.

El procedimiento arbitral se inició el 30 de abril de 1999. La controversia surgió por la aplicación del IEPS de México que grava la producción y venta de cigarros en el mercado local y que en ciertas circunstancias se ha aplicado en tasa cero a la exportación de cigarros, como sucedió entre 1990 y 1997. A partir de 1992 aplicó solo en las exportaciones a países no considerados jurisdicciones de baja imposición a los ingresos (paraísos fiscales) y cuando se compraban

---

<sup>222</sup> RÁBAGO DORBECKER, Miguel, Op. Cit., p. 209 a 211.

cigarros en México a un precio que incluía el impuesto y se exportaban podía devolverse el monto correspondiente al impuesto inicialmente pagado.

CEMSA demandó la devolución de los impuestos internos que graban los cigarros que ella exportaba. El demandado argumentó que el demandante, en su carácter de revendedor, no cumplía con las condiciones exigidas para obtener devoluciones. En febrero de 1991 el demandante interpuso juicio de amparo impugnando la constitucionalidad del artículo 2 fracción III ya que restringía la aplicación de la tasa impositiva del 0% únicamente a los productores y envasadores, amparo que le fue otorgado porque el Tribunal de Distrito determinó que la SHCP no estaba facultada para emitir los reglamentos fiscales para 1991. Durante la tramitación del amparo el Congreso reformó la Ley del IEPS que entró en vigor el 1 de enero de 1992 y en virtud de la cual se aprobó la devolución del IEPS a todos los exportadores de cigarros; entonces CEMSA pudo exportar cigarros con devoluciones durante la mayor parte de ese año y hasta 1997.

El demandante alegó que en enero de 1993 el demandado cerró por segunda vez el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por no poder cumplir con otros requisitos de la Ley del IEPS, ya que la Ley exige para efectos de la devolución que el IEPS sobre los cigarros conste en forma expresa y por separado en las facturas, a lo cual solo tienen acceso los productores no los revendedores, en virtud de que CEMSA compraba los cigarros a Wal-Mart o Sam's Club, minoristas no productores, a un precio que incluía el IEPS pero no lo trasladaba expresa y separadamente en la factura no podía obtener la devolución correspondiente. En agosto de 1993 la Suprema Corte de Justicia de México emitió su sentencia a favor de CEMSA resolviendo por unanimidad que las medidas que otorgan devoluciones del IEPS únicamente a los productores y a sus distribuidores violan los principios constitucionales de equidad tributaria y no discriminación.

En el periodo de 1993-1995 el demandado reconoció que CEMSA era un contribuyente con derecho a la tasa del 0% sobre sus exportaciones de cigarros pero le siguió exigiendo que para que procediera la devolución cumpliera con los requisitos de facturación aún cuando a CEMSA le era imposible cumplir con dicho requisito. El demandante alega que se le pagaron las devoluciones de junio de 1996 a septiembre de 1997 aun cuando no cumplía con los requisitos de facturación. El 14 de julio de 1998 la SHCP inició una auditoría de CEMSA y le solicitó pagar aproximadamente US\$25,000,000 por las devoluciones del IEPS que la SHCP alega había recibido el demandante durante el periodo de veintiún meses con intereses y multas. El demandante alegó que se le dio un trato preferente a otras empresas revendedoras exportadoras de cigarros en México, propiedad de ciudadanos mexicanos al devolverles el IEPS en periodos que a este no se le permitió obtener la devolución, aun cuando tampoco facturaban conforme a lo previsto en la Ley.

CEMSA demandó el pago de \$475,000,000 de pesos mexicanos más intereses sobre el laudo calculados a la tasa de interés aplicable y cualquier otra compensación legal y equitativa que se considere justa y merecida. El lugar del arbitraje designado por el tribunal fue la provincia de Ontario Canadá. El demandante alegó que las medidas adoptadas por México en este caso eran equivalentes a una nacionalización o expropiación y constituían una denegación de justicia en violación de las normas y principios del derecho internacional con fundamento en los artículos 1102 trato nacional, 1105 Nivel mínimo de trato, y 1110 Expropiación e indemnización del TLCAN.

En el laudo arbitral el tribunal decidió que el demandado no violó los derechos del demandante ni actuó en forma inconsistente con las obligaciones del demandado, ya que no existe una inversión de la que el demandado se haya apropiado o sobre la cual se haya adjudicado el control, pues el pago de devoluciones o la deuda están excluidas de la definición de inversión conforme al artículo 1139 del TLCAN, además de que la actividad reglamentaria del

gobierno no siempre es una expropiación. Pero sí respecto de los derechos del demandante conforme al artículo 1102 del TLCAN en virtud de que en conjunto los hechos expuestos ante el tribunal demuestran que CEMSA fue tratada menos favorablemente que los revendedores-exportadores locales de cigarrillos, por lo que ordenó al demandado a pagar inmediatamente al demandante la suma de \$9.464.627.50 pesos mexicanos en concepto de monto principal, más los intereses devengados al momento de firma de este laudo por \$7.496.428.47 pesos mexicanos, intereses que se acumularán hasta la fecha de pago con un interés simple, a una tasa equivalente al rendimiento mensual de los CETES a plazo de 28 días aplicada en cada mes del período de cálculo; desestimó cualquier otro reclamo de indemnización y ordenó que cada parte se hiciera cargo del pago de sus propios honorarios por representación legal y costos relacionados; y las costas del arbitraje facturadas por el CIADI se dividan en partes iguales entre las partes.

Como puede observarse, por la cantidad condenada a México, Feldman es el segundo caso en importancia después de Metalclad. Es interesante la categorización de expropiación "progresiva", concepto que resulta de una traducción del término creeping expropriation. La aplicación del Reestatement para interpretar el sentido del artículo 1110 del TLCAN, al señalar que dicha fuente es aplicable debido a que en ella "se basan muchos abogados estadounidenses y canadienses y que ha sido mencionada en los memoriales tanto del demandante como del demandado en este procedimiento". El tribunal se basó en dicho instrumento, creado por un órgano privado, el American Law Institute, que ni los tribunales estadounidenses se encuentran obligados a acatar y que no constituye una manifestación de la costumbre internacional en la materia, para establecer que en caso de que los actos gubernamentales sean discriminatorios o arbitrarios, será más probable que se les considere expropiatorios y define el Reestatement sobre expropiación progresiva, como aquella en que un Estado logra el mismo resultado por medio de medidas fiscales regulatorias para que un

determinado proyecto resulte inviable económicamente, y sea abandonado.<sup>223</sup>

El tribunal, siguiendo lo resuelto en el caso Azinian, reafirma que no todos los problemas comerciales que experimente el inversionista extranjero constituyen una expropiación de conformidad con el TLCAN.<sup>224</sup> De hecho es sorprendente como un requisito meramente formal, como es presentar facturas, constituya una expropiación, incluso cuando existían indicios relevantes que señalaban que el demandante había recibido devoluciones del IEPS, aún sin cumplir con tal requisito.<sup>225</sup> Aun ante tales pruebas, el demandante alegaba que el cambio en las condiciones y la ambigüedad y confusión supuestamente creadas por la SHCP, eran suficientes para considerarla como una expropiación. Sin embargo, la condena a México no proviene de la violación al artículo 1110, relativo a expropiación, sino de la violación al principio de trato nacional del artículo 1102.

El referido tribunal se encontró ante la necesidad de determinar si ciertas devoluciones de impuesto habían sido otorgadas a exportadores locales de cigarrillos, en tanto le fueron denegadas a un exportador extranjero, el Sr. Marvin Roy Feldman, demandante y ciudadano estadounidense. Al hacer su determinación, el tribunal analizó si la discriminación era *de jure*, es decir si tenía base en ley o era de *facto*, es decir hecha en base a decisión de autoridad, por dispensa hecha a los exportadores locales. Se encontró que ambas discriminaciones implican denegación de trato nacional. Adicionalmente, el tribunal encontró que se le practicó al inversionista extranjero una auditoria que consideró intimidatorio, poco después de la presentación por el demandante de su aviso de intención de iniciar el arbitraje.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Párrafo 101 del Laudo arbitral.

<sup>224</sup> Párrafo 112 del Laudo arbitral.

<sup>225</sup> Párrafo 131 del Laudo arbitral.

<sup>226</sup> GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, Op. Cit., p. 131.78

## 5. Robert J. Frank contra México.

Robert J. Frank, el inversionista demandante, es un residente en Los Angeles California, su inversión es una propiedad de 250 metros lineales de un acantilado que da al Océano Pacífico, aproximadamente a 60 kilómetros al sur de la frontera en Baja California México, donde hay una playa virtualmente privada.

El inversionista adquirió derechos de propiedad a través de una transacción con una ciudadana norteamericana Anna Jane Smith, en 1989, quien obtuvo reconocimiento de sus derechos por la agencia de zona federal en 1990 por la ocupación de otros americanos de la familia Severance desde 1940. Entre 1989 y 1992 el inversionista gastó más de cien mil dólares en mejoras a la propiedad, durante ese tiempo hasta la expropiación de la propiedad en agosto de 1999 el inversionista pagó todos los gastos relacionados con la inversión, incluyendo los impuestos de zona federal. En 1992 el inversionista solicitó a la zona federal que se extendiera la propiedad adyacente al norte de la que ya existía, y en ese mismo año cercó la propiedad anexada y puso un letrero donde se establecía que era propiedad privada. De 1992 a agosto 26 de 1999 el inversionista además de pagar todos los gastos relacionados con la propiedad gastó otros veinticinco mil dólares en mejoras.

En 1996 el dueño del Rancho la Burrita, la propiedad más grande al sur de la inversión, dio derechos de la parte norte de su parcela a su conserje, quien murió al poco tiempo y heredó a su hermana la propiedad, quien a su vez la vendió a Jaime Cesar Lora un mexicano que quitó las cercas que se habían colocado, arrancando árboles maduros y niveló el terreno con una máquina bulldozer, ante lo cual el inversionista acudió a México donde los abogados de él y Lora, quien reclamaba la propiedad del predio, acordaron que se respetaría la posesión hasta que hubiera una determinación legal. El inversionista continuó en posesión de la propiedad.

El 24 de agosto de 1999 el inversionista recibió una notificación que deslizaron bajo su puerta, en la que la Zona Federal cuestionaba su derecho a ocupar la propiedad y le daban 10 días para responder, el 26 de agosto de 1999 sin mas notificación se presentaron oficiales de la Zona Federal y acordonaron la propiedad con un aviso de que nadie podía entrar bajo pena legal. Inmediatamente después de haber cercado la propiedad importantes construcciones fueron conducidas en la propiedad por Lora y otros para prepararla para uso comercial, esto incluyó la destrucción de muchas mejoras, después fue marcada la propiedad con un letrero que anunciaba que era zona federal.

La notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje estuvo fechada el 12 de febrero de 2002 de acuerdo a las reglas de arbitraje de CNUDMI. El inversionista reclamó el pago de daños por un millón y medio de dólares como compensación por los daños causados, costos de los procedimientos, el pago de intereses previos a la controversia y posteriores al surgimiento de la controversia, una suma como compensación de cualquier impuesto que surja en la controversia y cualquier otra suma que el tribunal considere apropiada. Con fundamento en los artículos 1102 Trato nacional, 1103 Trato de Nación mas favorecida, 1105 Trato conforme al derecho internacional o estándar mínimo de trato y 1110 Compensación por expropiación del TLCAN.

## **6. Fireman's Fund Insurance Company contra México.**

Fireman's Fund Insurance Company, inversionista demandante, es una sociedad constituida en Novato, California EUA, es una institución de seguros cuya inversión es una de dos series de obligaciones subordinadas de conversión forzosa en títulos representativos del capital social de Bancrecer serie L, emitidas por Grupo

158

Financiero Bancrecer el 29 de agosto de 1995, con el fin de capitalizar a su principal subsidiaria, denominada en dólares, adquiridas en su totalidad por Fireman's por un monto de cincuenta millones de dólares. La otra serie de obligaciones denominada en pesos fueron adquiridas por inversionistas mexicanos.

Por los problemas financieros de Bancrecer S. A. Institución de Banca Múltiple, en adelante el Banco, se conformó un grupo de trabajo integrado por la SHCP, el Banco de México, el FOBAPROA y la CNBV, para implementar el Programa de Saneamiento y Capitalización de Bancrecer. En dicho grupo se acordó autorizar la adquisición de las obligaciones en pesos a su costo de adquisición por parte de los inversionistas mexicanos, permitiéndoles la recuperación total de su inversión original. Fireman's el 12 de julio de 1999 solicitó a Bancrecer el trámite de las autorizaciones correspondientes a efecto de que se adquirieran sus obligaciones en dólares en iguales términos y condiciones que las otorgadas a los inversionistas mexicanos de las obligaciones en pesos. El 16 de julio de 1999 Bancrecer solicitó al Banco de México las instrucciones pertinentes para dar a Fireman's el mismo trato, solicitud negada el 16 de agosto de 1999.

El 14 de octubre de 1999 Bancrecer incumplió a Fireman's en el pago de intereses sobre las obligaciones en dólares. El 3 de noviembre de 1999 en asambleas generales ordinarias y extraordinarias de accionistas de Bancrecer se acuerda, entre otras cosas, la desincorporación del Banco de Bancrecer, la toma de control del Banco por parte del IPAB y la disolución anticipada y liquidación de Bancrecer.

En la intención de someter la controversia a arbitraje, del 15 de noviembre de 1999 y bajo las reglas adicionales de CIADI, Fireman's solicitó al gobierno de México, la devolución de la cantidad de cincuenta millones de dólares, los intereses que se generen a la tasa establecida en el acta de emisión de las obligaciones en dólares desde la última fecha en que Bancrecer cubrió su

obligación de pago de intereses sobre las obligaciones en dólares hasta la satisfacción total de la cantidad principal reclamada.

El gobierno de México presentó ante el tribunal arbitral su escrito sobre cuestiones preliminares de competencia el 21 de octubre de 2002, donde objetó la competencia *ratione materiae* del tribunal en virtud de que las medidas objeto de la reclamación de la demandante están reguladas exclusivamente por el capítulo XIV del TLCAN, que es aplicable a las medidas relativas a instituciones financieras, y solicitó se desecharan las reclamaciones, por lo que solo subsistiría la reclamación con fundamento en el art. 1110.

En la Decisión del 17 de julio de 2003 sobre la cuestión preliminar el tribunal de arbitraje concluyó que grupo financiero Bancrecer es una institución financiera ya que no podría encuadrarse dentro de otra categoría, por estar autorizada a hacer negocios como una institución financiera, por tener activos en las mismas y en virtud de que todas las instituciones financieras operan en el marco de la regulación financiera y están autorizadas a hacer negocios al igual que las sociedades controladoras. Resolvió no tener competencia para conocer de las reclamaciones presentadas por la demandante quedando a salvo la acción correspondiente al art. 1110, se reservó la decisión sobre las costas correspondientes a esta etapa del arbitraje y determinó que las etapas siguientes del arbitraje serían decididas por el tribunal después de consultar a las partes.

El 25 de junio de 2004 la demandante presentó su memorial donde con fundamento en el artículo 1110 reclama la expropiación de las acciones adquiridas al GFBANCRECER por parte del gobierno de México, en virtud de que no le fue pagado el valor comercial de su inversión y reclamó el pago de su inversión completa por 50 millones de dólares, los intereses compuestos (no simples) desde la expropiación hasta la fecha del pago, es decir los intereses que se hubieran percibido si se hubiera invertido el dinero en un banco por ejemplo, y por último solicita el pago de las costas legales y otros costos incurridos por este

procedimiento.

Con fecha de envío a las Partes 17 de julio de 2006 el CIADI resolvió con fundamento en el capítulo XIV del TLCAN, aplicable a servicios financieros incompetencia para conocer del caso, por lo que únicamente se evaluó lo referente a la posible expropiación demandada por el inversionista reclamante, que a pesar de reconocer el daño que se le infringió al inversionista no satisfizo el concepto de expropiación y por lo cual se desechó la demanda y no se otorgó ninguna compensación. En cuanto a las costas estableció que cada Parte debería cubrir sus propios costos y que las Partes deberán cubrir los costos del tribunal en proporciones iguales.

## **7. GAMI Investment contra México.**

Gami Investments Inc., inversionista reclamante creada en 1986 bajo las leyes de Delaware, es una filial poseída en un cien por ciento por una compañía llamada Great American Management and Investments Inc. GAMI que a su vez posee un 14.18% de las acciones de Grupo Azucarero México S.A. de C.V. GAM que es un holding mexicano cuyos demás accionistas son mexicanos.

GAM y sus predecesores adquirieron del Gobierno de México ingenios de azúcar a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa en el contexto del programa de privatización, hacia 1997 las principales operaciones de la empresa consistían en cinco ingenios: Tala, Lázaro Cárdenas, San Pedro, San Francisco y Benito Juárez. GAM era el cuarto productor de azúcar más grande de México en 2001. En diciembre de 1996 GAMI compró un bloque de las acciones de GAM en un valor de US\$25 millones de dólares, en octubre de 1997 GAMI pagó US\$5 millones de dólares para adquirir acciones adicionales de GAM y en diciembre de 1998 recibió otra porción de acciones conforme a una cláusula de

las condiciones originales de la colocación privada de acciones. Con estas tres porciones detentó 14.18% de las acciones ordinarias de GAM por lo que tenía derecho contractual de nombrar tres miembros de la Junta Directiva de GAM.

El 3 de septiembre de 2001 fueron formalmente expropiados 22 ingenios mediante decreto presidencial, incluyendo los cinco ingenios de GAMI, otros 34 ingenios se dejaron en manos privadas. GAM interpuso los juicios de amparo correspondientes ante tribunales administrativos mexicanos competentes, poco después retiraron los amparos relacionados con San Pedro y San Francisco. En febrero de 2004 el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito pronunció una sentencia de amparo en revisión a favor de GAM al declarar que el Decreto de Expropiación era ilegal y por lo tanto ineficaz respecto de los tres ingenios.

Las reclamaciones de GAMI ante el tribunal arbitral radican en que el valor de sus acciones fue adversamente afectado por medidas que causaron un perjuicio a los negocios de GAM y aunque invocó compromisos contractuales con México esto no es procedente porque México no tenía contratos con estas empresas. Así mismo, reclamó un trato menos favorable porque a otros inversionistas no se les expropiaron sus ingenios. Una de las cuestiones más cuestionadas en el juicio fue si GAMI en realidad tenía derecho a presentar su demanda con fundamento en el TLCAN al reclamar pérdidas en sus acciones en GAM lo cual equiparó a una expropiación de sus acciones. Lo anterior con fundamento en los artículos 1102 trato nacional, 1105 Estándar mínimo de trato y 1110 Expropiación e indemnización.

El 8 de febrero de 2004 las Partes en litigio fueron informadas de la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado Mexicano que anuló la expropiación de tres ingenios de azúcar propiedad de GAM, la expropiación de los dos ingenios restantes de GAM no fue impugnada por lo que el trámite de pago de indemnización por la expropiación también estaba en curso. El 15 de noviembre

de 2004 el tribunal arbitral emitió su laudo final, la sede del arbitraje fue Vancouver, donde desestimaron en su totalidad las demandas del inversionista sin condena a costas, ya que estas serían a cargo de cada parte.

Este caso se realizó bajo el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI y no mediante el Mecanismo Complementario del CIADI, lo cual modifica el marco jurídico considerablemente. La reclamación presentada por GAMI no es relativa a la afectación directa sobre su porcentaje accionario en la empresa, sino derivado de las acciones tomadas por el gobierno mexicano, sus acciones perdieron valor.<sup>227</sup> El tribunal consideró que México no se apropió formalmente de dichas acciones. El Tribunal Arbitral se pronuncia de manera muy contundente respecto a las posibles razones que pueda alegar México, por las que sus acciones no fueron suficientes para garantizar el efectivo cumplimiento del Reglamento de la industria azucarera, y el mismo dice: no es excusa que la regulación sea costosa. Tampoco son defensas la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Tal es el reto de gobernabilidad que enfrenta cada país como lo menciona el párrafo 39 del laudo arbitral del caso.<sup>228</sup>

## **8. International Thunderbird Gaming Corporation contra México.**

International Thunderbird Gaming Corporation, inversionista demandante, es una sociedad anónima pública canadiense cuyas principales oficinas se encuentran en San Diego California Estados Unidos, que se dedica al negocio de operación de centros de juegos de apuestas.

---

<sup>227</sup> Párrafo 23 del Laudo arbitral.

<sup>228</sup> RÁBAGO DORBECKER, Miguel, Op. Cit., p. 211 a 213.

Thunderbird inició su inversión mediante el establecimiento de diversos negocios y venta de máquinas de destreza con ganancia, lo cual fue catalogado por la administración de Ernesto Zedillo como permisible si cumplían con los requisitos administrativos para instalarse. El 10 de octubre de 2001, en la administración de Vicente Fox SEGOB dictó una resolución administrativa estableciendo que las máquinas eran equipo de juegos de azar prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos y ordenó la clausura de EDM-Matamoros y EDM-Laredo. EDM entabló juicio de amparo ante el juez de distrito de turno y le fue negado. El 5 de diciembre de 2001 EDM interpuso ante el TFJFA un recurso de nulidad solicitando la nulidad de la Resolución Administrativa, el cual fue rechazado. Uno de los cuestionamientos del tribunal fue si Thunderbird tenía alguna propiedad o estaba bajo su control directo o indirecto alguna de las seis compañías EDM, Entertainments de México S. de R. L. de C. V.

El 21 de marzo de 2002 Thunderbird presentó un Aviso de Intención de someter una reclamación a arbitraje, con fundamento en los artículos 1102 trato nacional, 1103 trato de nación más favorecida, 1105 Nivel mínimo de trato y 1110 Expropiación e indemnización del TLCAN y las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, con participación del CIADI brindando servicios administrativos similares a los mecanismos complementarios, donde solicitó la reparación de daños y perjuicios por un monto no inferior a US\$100,000,000, los costos vinculados con el procedimiento incluidos los honorarios profesionales y gastos, los intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa fijada por el tribunal, las consecuencias fiscales del laudo y las reparaciones adicionales que solicite el abogado patrono y que el tribunal estime procedentes.

En el laudo arbitral con fecha 26 de enero de 2006 se resolvió que México no violó los artículos en los que fundamentó su demanda Thunderbird por lo que rechazó la totalidad de sus reclamaciones, que los costos del arbitraje por US\$505.252.08 debían repartirse en proporciones de tres cuartos para el inversionista y un cuarto para México; y que Thunderbird deberá rembolsar a

México la suma de US\$1.126.549.38 por concepto de costos de representación legal y US\$126.313.02 por concepto de los depósitos efectuados por México para cubrir los honorarios y desembolsos del Tribunal Arbitral.

## **9. Victoria Enterprises Ltd. Contra México.**

Victoria Enterprises Ltd., inversionista demandante, es una sociedad mercantil constituida de acuerdo a las leyes de los EUA en el Estado de Texas, que el 8 de agosto de 2001 adquirió a título oneroso de Cecilia Reyes Lujano Viuda de Nieto y Walfre Nieto Reyes los derechos litigiosos del juicio ordinario mercantil seguido por ellos en lo personal y como causahabientes de Walfre Nieto Bermeo en contra de Banco del Atlántico, S. A., que se tramitó ante el Juzgado Trigésimo Quinto Civil del Distrito Federal, con número de expediente 747/98, respecto a todos los derechos y acciones derivados del Recibo de Depósito de Títulos en Administración por Renovación No. 379443 de 7 de enero de 1988 que ampara como monto de inversión la cantidad de cinco millones de viejos pesos con una tasa neta de rendimiento del 124.35%, denominada la inversión.

Victoria Enterprises pactó por “la inversion” un precio de doscientos mil dólares. En dicho juicio se resolvió en primera instancia mediante sentencia de 25 de enero de 2001 que el Banco debía pagar la cantidad amparada en el recibo de depósito mencionado y los intereses generados hasta el pago total del adeudo a la tasa pactada. El 2 de mayo de 2001 la Segunda Sala Civil del TSJDF, dictada en el toca 735/2001 confirmó la sentencia de primera instancia. Para el 8 de agosto de 2001 el monto adeudado por el Banco del Atlántico S.A. a pagar ascendía aproximadamente a tres mil seiscientos millones de pesos.

Sin embargo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió a favor de los intereses del Banco del Atlántico S.A. cuando el 15

de marzo de 2006 resolvió que no se aplicara la tasa pactada en el contrato, tener por modificada esta para cada período de reinversión, a pesar de que el banco no probó haber modificado la tasa de acuerdo a lo pactado, ni haber dado el aviso de modificación correspondiente de la manera pactada en el contrato para cada período de renovación en que se modificara la tasa, sin siquiera establecer las modificaciones que supuestamente realizó a la tasa de interés. Dicha sentencia es la que motivó la reclamación con fundamento en los artículos 1117, 1102 Tratado nacional, artículo 1105 Protección y seguridad plenas y 1110 Expropiación e indemnización del TLCAN. La demandante solicitó por concepto de reparación de daños la cantidad equivalente aproximadamente a dos mil setecientos millones de dólares.

Mediante documento con fecha 7 de noviembre de 2006 la demandante presentó su notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje. Hasta el momento no se ha hecho pública ninguna otra actuación con respecto a este arbitraje.

#### **10. Corn Products International Inc. y ALMEX contra México, Caso: ARB(AF)/04/5.**

La parte del inversionista reclamante esta conformada por Archer Daniels Midland Company and A.E. Staley Manufacturing Company, posteriormente denominada Tate & Lyle Ingredients Americas Inc, en representación de su inversión la empresa creada bajo las leyes mexicanas, Almidones Mexicanos S.A. de C.V. ALMEX, coinversión propiedad de y controlada por dichas empresas.

Se solicitó la acumulación del caso de los inversionistas arriba citados con el presentado por Corn Products International Inc. En lo sucesivo CPI cuyo número de caso es ARB (AF)/04/01. Estos casos se analizan juntos en este apartado porque los motivos y fundamentos de ambos son los mismos. CPI es dueña en un

100% de CP Ingredientes, S.A. de C.V. (antes Arancia Corn Products, S.A. de C.V.) y estableció una planta en San Juan del Río, Querétaro para producir fructosa.

Con fecha 4 de agosto de 2004 se presentó la solicitud de sometimiento de una reclamación a arbitraje ante el CIADI, motivada por un impuesto sobre refrescos (soft drinks) y otras bebidas no alcohólicas, jarabes y concentrados que contienen fructuosa, implementado por el gobierno de México desde el 1° de enero de 2002 en una reforma a la Ley del IEPS. Dicho impuesto no aplica si se trata de bebidas cuyo endulzante es la azúcar por lo que los inversionistas reclamantes lo equipararon a una forma de expropiación y solicitaron pago de daños por 100 millones de dólares, el pago de las costas procesales, intereses y un incremento en la suma para que al aplicar impuestos no se altere la integridad de la cantidad. Lo anterior con fundamento en los artículos 1102 Trato nacional, 1106 Requisitos de desempeño, 1110 Expropiación y compensación y el 2103, que le da el carácter fiscal, del TLCAN.

En la orden de acumulación del 20 de mayo de 2005 el Tribunal de Acumulación denegó la solicitud de acumulación de México debido a que consideró que sería muy complejo el manejo del asunto siendo que las partes son competidores directos cuya información tendría que ser confidencial dentro de la sustanciación del procedimiento. Además decidió que cada parte asumiría sus propios gastos y honorarios de abogados y que un 50% de los honorarios y gastos de los miembros del tribunal y de los gastos y cargos del CIADI deben ser pagados por México, 25% por CPI y 25% por los accionistas de ALMEX.

El 15 de enero de 2008, el Tribunal emitió su Decisión respecto a CPI sobre Responsabilidad en el cual desechó las reclamaciones de violaciones a los artículos 1106 y 1110 del TLCAN. Sin embargo, determinó que México incurrió en responsabilidad por violación al artículo 1102 del TLCAN. El Tribunal ordenó se iniciara la fase de daños del procedimiento. Las partes presentaron sus respectivos escritos de conformidad con el calendario procesal. La audiencia sobre daños se

celebró del 21 al 24 de julio de 2008 y actualmente se está en espera de que el Tribunal emita su decisión.

Respecto a ALMEX argumentó que las violaciones derivan de diversas medidas adoptadas por el gobierno de México: la adopción de cuotas compensatorias en contra de las importaciones de fructosa provenientes de EUA, la limitación al acceso de la cuota TLCAN de maíz amarillo para producir fructosa, y particularmente la adopción del IEPS del 20% aplicable a los refrescos que utilizan fructosa. Reclamó una compensación de 100 millones de dólares estadounidenses. El 21 de noviembre de 2007 el Tribunal emitió su laudo condenando a México al pago de \$ 33, 510, 091.00 de dólares americanos más intereses.

#### **11. Bayview Irrigation Et. Al. Contra México, ICSID Case No. ARB (AF)/05/1.**

El inversionista reclamante en esta demanda son 17 distritos de irrigación texanos que se suministran del Río Grande, 46 demandantes incluidos: 17 distritos texanos de irrigación que se sirven del Valle del Río Grande (El conchos, San diego, San Rodrigo, los ríos Escondido y El Salado y el arroyo Las Vacas), 16 personas físicas, dos fideicomisos, dos sociedades de responsabilidad limitada, dos sucesiones, 4 sociedades anónimas y 3 sociedades colectivas.

La inversión reclamada fue de aproximadamente 1013056 pies de irrigación de agua, que de 1993 a 2002 México tomó, incautó y desvió para el uso de granjeros mexicanos, cantidad que atiende a aproximadamente 265 927 200 dólares a 554 648 160 dólares, así mismo se solicitó el pago del interés de dichas sumas de octubre de 2002 a la fecha del pago, así como las costas procesales. El fundamento de la reclamación fueron los artículos 1102 Trato nacional y 1110 Expropiación y Compensación del TLCAN.

El 3 de febrero 1944 México firmó un tratado (no. 944) con los EUA para arreglar y delimitar los derechos de las dos naciones respecto a las aguas del Río Grande o Río Bravo de Fort Quitman Texas al Golfo de México. El 27 de agosto de 2004 se presentó la notificación de la intención de someter una queja a arbitraje bajo la sección B del capítulo XI del TLCAN donde los señores Nancie G. Marzulla, Roger J. Marzulla y Don Wallace Jr. solicitan el pago de un déficit de derechos de agua que supuestamente debe México a los reclamantes con fundamento en el tratado al que se refiere el párrafo anterior.

Con fecha 17 de febrero de 2005 el CIADI solicita a los demandantes los poderes legales respectivos para actuar, el acuerdo que se requiere con fundamento en el art. 1125 del TCAN así como la copia de la notificación de intención de NH. Kitayama, Bernadette M. Oeser y Timothy Reid y les solicitaron que aclararan la situación legal de los Distritos de irrigación, fideicomisos y estados mencionados en su demanda de arbitraje, así como el cumplimiento de los requerimientos establecidos en el art. 4 (1) de las Reglas adicionales, según la cual se requiere la aprobación de la Secretaría General.

En el laudo del CIADI, con fecha de envió a las partes el 19 de junio de 2007, tras hacer un resumen sobre los argumentos presentados por las partes en arbitraje, así como los argumentos de Estados Unidos, concluye que no basta que los demandantes estadounidenses hayan efectuado una inversión en los Estados Unidos, deben demostrar que pretendían realizar, estaban realizando o habían realizado una inversión en México y si no pueden probarlo no podrán ser considerados inversionistas para efectos de las reclamaciones, quedando demostrado que son inversionistas pero de Texas no de México. Por lo que el tribunal se declaró incompetente para conocer cualquiera de estas reclamaciones contra México, así mismo determinó que cada Parte soportara sus propias costas. El 17 de enero de 2008, las demandantes solicitaron la revisión judicial del laudo ante las cortes de Canadá.

## 12. Cargill Incorporated contra México, Caso CIADI: ARB(AF)/05/02

Nuevamente nos topamos con un tema ya tocado para México; a saber, una empresa de producción de edulcorantes para bebidas que alega que el IEPS adoptado y mantenido por el gobierno Mexicano incumple con los artículos 1102 Trato nacional, 1105 Trato justo y equitativo, 1106 Requisitos de desempeño y 1110 Expropiación del TLCAN.

Cargill reclama daños por 123.8 millones de dólares. El 30 de septiembre de 2004 presentó su aviso de intención y el 29 de diciembre de 2004 presentó su reclamación a arbitraje. La fecha de registro es el 30 de agosto de 2005, estando el tribunal todavía por constituirse.

## CONCLUSIONES

1. El Capítulo XI apartado B del TLCAN, donde se dispone el mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión, ha cumplido con la finalidad para la cual fue creado, en virtud de que los inversionistas estadounidenses, canadienses y mexicanos tienen mayor certidumbre en cuanto al cumplimiento de los compromisos adquiridos por los tres países en el Capítulo XI Inversión de dicho tratado. Los factores que nos permiten asegurar la eficacia del mecanismo impuesto en el apartado B del Capítulo XI del TLCAN son los siguientes: en el mecanismo implementado por dicho capítulo el establecimiento del panel arbitral no está sujeto a la voluntad de las partes ya que cuando un tribunal no se integre dentro de un plazo de noventa días contados a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General de CIADI a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará a su discreción, al árbitro o árbitros no designados todavía; las reglas que regirán el procedimiento arbitral están previamente delimitadas ya que un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con las reglas del CIADI si ambas partes son signatarias del mismo; del mecanismo complementario del CIADI cuando una de las Partes es signataria de este mecanismo, pero no ambas; o las reglas de CNUDMI; así mismo el cumplimiento de los laudos arbitrales de los casos en los que se ha condenado a los países con fundamento en este mecanismo se han cumplido aun en los casos con penalidades altas.
2. Desde la negociación del TLCAN Estados Unidos y Canadá manifestaron desconfianza a someter las controversias que se suscitaban con fundamento en las disposiciones aprobadas por dicho tratado a los tribunales mexicanos por la corrupción, las preferencias en razón de la nacionalidad, el burocratismo y la falta de celeridad; y México y Canadá

respecto de Estados Unidos por su tendencia a incumplir las obligaciones contraídas en tratados internacionales haciendo caso omiso incluso de los fallos de tribunales a nivel internacional esgrimiendo prioridad nacional. Ambos problemas se resolvieron en materia de inversión al aprobar el mecanismo del apartado B del Capítulo XI del TLCAN objeto de estudio de la presente tesis, porque ha quedado demostrada no solo su imparcialidad, sino beneficios como la especialización y la rapidez en los paneles arbitrales que se han instaurado hasta el momento.

3. Por las razones antes expuestas se puede afirmar que el capítulo de inversión ha logrado ser un factor de fomento a la inversión extranjera, por brindar seguridad y certeza jurídicas a los inversionistas de la región. Sin embargo el mecanismo aprobado es inconstitucional en México, ya que contraviene lo dispuesto en los artículos 27 fracción I y 104 fracción III constitucionales. En cuanto a la primera disposición mencionada se esta contraviniendo al precepto constitucional al otorgar un derecho de acción a los extranjeros respecto de inversiones en México, siendo que en virtud de dicha disposición se les concede la capacidad de adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación siempre que convengan en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos bajo la pena de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieran adquirido, de conformidad con este precepto al considerarse como nacionales las controversias que surjan por sus inversiones en nuestro país deberían dirimirse en las instancias internas tal como cualquier nacional. Siendo necesario, con fundamento en el artículo 133 constitucional que los tratados estén de acuerdo con la constitución para que sean Ley Suprema de toda la Unión. En relación con el artículo 104 fracción III constitucional afirmamos que el mecanismo implementado en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN es inconstitucional porque en dicho precepto de nuestra carta magna se dispone que corresponde a los tribunales de la federación

conocer de las controversias en que la Federación fuese parte, y en el mecanismo que se implementó en el tratado participa directamente la Federación como Parte demandada.

4. Otro de los problemas que existen al implementar el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión del TLCAN es la discriminación que se presenta respecto de los inversionistas mexicanos, ya que los inversionistas estadounidenses y canadienses pueden acudir ante las instancias internas por cualquier problema derivado de sus inversiones y también solicitar el establecimiento de un panel arbitral con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN; y el inversionista mexicano solo tiene acción para dirimir su controversia en las instancias a nivel interno, esto aun cuando se trate de una situación de injusticia en los mismos términos y condiciones que las del extranjero canadiense o estadounidense.
5. En virtud del mecanismo implementado en el Capítulo XI Apartado B del TLCAN los inversionistas individuales o en representación de una empresa pueden reclamar ante un panel de arbitraje internacional violaciones a los principios de trato dispuestos en el Apartado A del mismo capítulo, cometidas por un gobierno, empresas o monopolios estatales, si el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella, sin que hayan transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación, las pérdidas o daños sufridos. Aun cuando México dispuso en el Anexo 1120.1 del TLCAN la exclusión de foros si el inversionista acude ante un tribunal judicial o administrativo en la práctica los inversionistas han acudido a las instancias internas y posteriormente a la implementación de paneles del capítulo XI.
6. Las reclamaciones que se interpongan con fundamento en el Capítulo XI Apartado B del TLCAN se registrarán por las reglas del Mecanismo

Complementario del CIADI cuando el inversionista o el demandado sean de Estados Unidos y por las Reglas de CNUDMI cuando se trate de conflictos entre México o mexicanos y Canadá o canadienses, en virtud de que a la fecha sólo Estados Unidos de América es parte del CIADI. De los casos que se han sometido a arbitraje ante CIADI contra México se puede resaltar la alta cuota monetaria a pagar por parte de nuestro país ya sea mediante los laudos condenatorios o porque aun cuando no se ha dado la razón al inversionista se nos condena al pago de costas procesales.

7. Los tres países han sido demandados por la cantidad aproximada de tres mil millones de dólares americanos, el monto de los daños otorgados por tribunales ha sido de US 35.5 millones. Canadá fue condenado por 17.8 millones, México por 17.7 y EUA por US 0.0 millones. En ningún caso el monto de los daños otorgados superó el 20% de los daños solicitados. México ha pasado de recibir en 1993 inversión extranjera directa por un monto de US 3,468 millones a un monto de US 14,251 millones en 2003. Esto indica un claro beneficio frente a un costo reducido que difícilmente puede imputársele a los árbitros sin el análisis detallado de los casos.
  
8. México es el país contra el cual se han presentado más reclamaciones, de 26 casos que han prosperado en doce nuestro país es la Parte demandada, nueve son contra Canadá y cinco contra Estados Unidos. De esos doce casos en tres ocasiones se ha concedido la razón al inversionista, Metalclad donde el panel arbitral determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión; KARPA FELDMAN a favor de quien se determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de dólares; y ALMEX para quien se determinó una compensación de 33 millones y medio de dólares estadounidenses. En el resto de los casos, en seis ocasiones se le ha otorgado la razón a México y cuatro casos aun están por resolverse.

9. Para nuestro país los casos en que ha sido demandado han tenido un peso negativo de tinte moral ya que se ha cuestionado la situación y organización administrativo política que se ofrece en la actualidad a los inversionistas en nuestro país, ya que los actos por los que nuestro país ha sido condenado no solo son ejemplos que afectan a extranjeros sino que muestran el lamentable panorama de situaciones a las que se enfrentan los inversionistas aun nacionales. Palabras como corrupción o expropiación indirecta arbitraria son demandas que se presentan frecuentemente no solo en los casos aquí analizados por parte de inversionistas que afortunadamente tienen acceso a esta vía para dirimir sus controversias, sino también en nuestro día a día. En algunos de los casos que se analizaron en esta tesis podemos observar actuaciones gubernamentales claramente arbitrarias y caprichosas, como en el caso Metalclad con la emisión del decreto claramente expropiatorio con el que reaccionó el gobierno municipal al ser demandado; el caso Robert Azinian con el cambio de Ley del IEPS e inclusive en el caso Waste Management, donde se otorgaron concesiones para la recolección de basura, después de haber otorgado dicha actividad en un contrato con condiciones de exclusividad.
10. En los casos Robert Azinian, primer fallo emitido por un panel del Capítulo que nos ocupa, y Waste Management se negó la razón a los inversionistas argumentando para el primero que la anulación de una concesión conforme al derecho mexicano no constituye en sí misma una expropiación, si no se prueba que la misma es discriminatoria o arbitraria y para el segundo que no es lo mismo la rescisión de un contrato con causa justificada por incumplimiento a un acto expropiatorio, lo cual es una aportación importante para el concepto de expropiación que en muchas ocasiones los inversionistas argumentan para solventar riesgos comerciales que solo ellos deben asumir, como cualquier inversionista. En el caso Robert Azinian aun cuando el laudo favoreció a México, fue muy polémico el

hecho de que el tribunal determinó dividir las costas entre las partes.

11. El caso más caro y paradigmático hasta ahora para nuestro país fue el de Metalclad Corporation, donde si bien es cierto que la conducta de las autoridades mexicanas no fue adecuada y por ello se lo otorgó en gran parte la razón al inversionista, es cuestionable la forma de conducirse de la parte demandante porque resulta ilógico que si se va a realizar una inversión tan fuerte en un país no se investigue previamente todos los requisitos, permisos y trámites que se tienen que cubrir para poder instalarse. Fue el primer caso en el que se condenó a México al pago de una compensación por una violación al Capítulo XI del TLCAN, laudo que fue parcialmente anulado por el Juez Tysoe de la Suprema Corte de Columbia Británica; este caso se considera fundamental para la emisión de la Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del 7 de octubre de 2003 donde se analiza la dificultad de aplicar el artículo 1114 del TLCAN, relativo a estándares medioambientales como freno a una reclamación en materia de inversiones, y finalmente queda claro que el decreto ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí no defendía intereses medioambientales sino atendía a una presión social, o bien que los permisos otorgados por la Federación y el Estado para el establecimiento de una planta de manejo de residuos peligrosos no obedeció a un análisis de viabilidad sino a intereses económicos o políticos.
  
12. En el caso de Karpa Feldman se le dio la razón al inversionista con fundamento en el artículo 1102 del TLCAN que se refiere a trato nacional, esto porque hubo devolución de impuestos a inversionistas nacionales aun cuando tampoco estaban reuniendo los requisitos legales para ello, y al estadounidense no, por ello se puede decir que es una resolución donde se acepta que el trato nacional va más allá de la legalidad en pro de la igualdad de trato. No se le dio la razón al inversionista en relación a la reclamación de expropiación argumentando que la actividad

reglamentaria del gobierno no siempre es una expropiación, tema en el que resultó cuestionable que el tribunal se basara en el concepto de expropiación progresiva o creeping expropriation creado por un órgano privado, el American Law Institute, que ni los tribunales estadounidenses se encuentran obligados a acatar y que no forma parte de la costumbre internacional en la materia, y que consiste en aquella en que un Estado logra el mismo resultado expropiatorio mediante la implementación de medidas fiscales regulatorias para que un determinado proyecto resulte inviable económicamente y sea abandonado.

13. Mi conclusión respecto de la aplicación del principio de Trato Nacional, en concreto en México, ya que se ha esgrimido que es un principio que no debe tolerar actos de ilegalidad. Sin embargo en ninguna parte del tratado se establece que el trato nacional o de nación más favorecida tenga que ser forzosamente apegado a derecho, aun cuando suene incongruente pensemos que hay dos inversionistas uno nacional y otro canadiense, al inversionista nacional la autoridad no le pide la documentación que al extranjero le exige aun cuando la ley dispone que los documentos sean los que se le están solicitando al extranjero, en dicho ejemplo aun cuando el trato que se le esta dando al nacional es ilegal ese trato le esta concediendo una ventaja competitiva respecto del extranjero y este último estaría en todo su derecho para exigir se le otorgue el mismo trato que se le esta dando al nacional aun cuando dicho trato este fuera de lo dispuesto por nuestras leyes. En algunas de las controversias planteadas ante paneles arbitrales se ha presentado dicho supuesto, por ejemplo en el caso Feldman Karpa, es un caso en que la reclamación se sustenta en que a los comercializadores mexicanos si les estaban haciendo la devolución de impuestos aun sin cumplir con la documentación que al extranjero le estaban exigiendo, es decir es un caso donde el inversionista solicita un trato nacional aun cuando el mismo no esta apegado a lo dispuesto en nuestra legislación.

14. En el caso Fireman's Fund el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer del caso por serle aplicables los artículos de solución de controversias en materia de servicios financieros del Capítulo XIV del TLCAN, ya que a pesar de reconocer el daño que se infringió al inversionista no se podía considerar como expropiación por parte del gobierno mexicano por lo que se desechó la demanda y no se otorgó ninguna compensación, salvo la ya cuestionada disposición por parte de los paneles arbitrales a condenar a México al pago de costas procesales en partes iguales con sus demandantes aun cuando la razón no les asista.
  
15. En cuanto al caso GAMI Investment contra México una de las cuestiones más comentadas en el juicio fue si la demandante en realidad tenía derecho a presentar su demanda con fundamento en el TLCAN al reclamar pérdidas en sus acciones en GAM lo cual equiparó a una expropiación de sus acciones. El tribunal desestimó las pretensiones del inversionista al considerar que México no se apropió formalmente de sus acciones. En este caso el tribunal también hace mención a las malas prácticas gubernamentales por parte de nuestro país al mencionar que las acciones de México no fueron suficientes para garantizar el efectivo cumplimiento del Reglamento de la Industria Azucarera, no siendo excusa que la regulación sea costosa, la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Así mismo en el caso Thunderbird también se resolvió a favor de México y sin embargo se le condenó al pago de una parte de las costas procesales, pero es el único caso hasta el momento en que se condena al inversionista a reembolsarle a nuestro país las nada despreciables cantidades de poco más de un millón de dólares por concepto de costos de representación legal y 126 mil dólares por concepto de los depósitos efectuados por México para cubrir los honorarios y desembolsos del Tribunal Arbitral.

16. El caso Bayview Irrigation es un lamentable ejemplo de lo que un grupo de supuestos inversionistas puede pretender contra nuestro país sin ningún fundamento, y es completamente cuestionable porque el panel arbitral aun ante la aparente improcedencia de la reclamación condena a México al pago de costas procesales.

## BIBLIOGRAFIA

- ADAME GODDARD, Jorge Las controversias en el tratado de libre comercio de América del Norte, Revista de derecho privado, año 6, número 18, México, Septiembre-diciembre, 1995.
- AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo FRIED, Jonathan, ROH JR, Charles, LAIZNER, Christianne y OLIVER, David, El Capítulo 19 del TLCAN: Revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales, en Comercio a Golpes: Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN, Ed. ITAM y Miguel Ángel Porrúa, México, 1997.
- ALDECOA LUZARRAGA, Francisco La integración Europea: Análisis Histórico - Institucional con textos y documentos, IIJ, Génesis y desarrollo de la Unión Europea, (1979-2002).
- ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela Las características del arbitraje del CIADI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, 2002, vol. II.
- ARBUIET – VIGNALI, Heber Las claves jurídicas de la integración en los sistemas del MERCOSUR y la unión europea, Ed. Rubinzal – Culzoni editores, Argentina.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos Una voz ciudadana, Ed. Escuela Libre de Derecho de Puebla A.C., México, 1994.
- Primer Curso de Derecho Internacional Público, 4ª. Edición, Porrúa, México, 199.
- Segundo Curso de Derecho Internacional Público, 2ª edición, Porrúa, México, 2000.
- AZUELA, Antonio Olor a nafta: el caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano,

- Congreso internacional: Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, México, UNAM, 2004.
- BALASSA BELA, J.D.PhD Teoría de la Integración Económica.- 1ª edición español, UTEHA, México, 1980.
- BASAVE, Jorge (coord.) Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI, Ed. Porrúa, México, 2002.
- BARNES, H. Historia de la economía del mundo occidental -hasta principios de la Segunda Guerra Mundial, Ed. Uteha, México, 1955.
- CAMARGO, Pedro Pablo Tratado de derecho internacional, Ed. Temis librería, S.N.E., Colombia, 1983, Tomo II.
- CARO GÁNDARA, Rocío La Competencia Judicial Internacional en Materia de Régimen Interno de Sociedades en e l Espacio Jurídico Europeo, 1ª edición, Civitas Ediciones SL, 1999.
- CASTEL, Francisco y PIMENTEL, Jorge El mecanismo arbitral de la OMC, en Colegio de México, Solución de diferencias en el marco internacional, 3ª edición, México, COLMEX, 1998.
- CUADERNOS DEL SENADO Información básica sobre el GATT y el Desarrollo Industrial y comercial de México, Núm. 55, LII Legislatura, México.
- CHRISTENSON, Gordon y GAMBREL, Kimberly, Constitutionality of Binational Panel Review in Canada-US Free Trade Agreement, The International lawyer, verano de 1989.
- CRUZ BARNEY, Oscar en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ

- JIMÉNEZ Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007.
- DÀVILA ALDÀS, Francisco R. Globalización - Integración América Latina, Norteamérica y Europa, Ed. Fontamara, México, 2002.
- DÍAZ AGUILAR, Elvia Pamela El principio del trato nacional en el marco del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, tesis para obtener el grado de maestra en Derecho de los negocios internacionales, Universidad Iberoamericana, 2006.
- ENRIQUEZ ROSAS, José David Derecho Internacional Económico, Instituciones y críticas contemporáneas, Ed. Porrúa, México, 2006.
- ESTRADA ADÀN, Guillermo Enrique Ubicación Jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano, en REYES DÍAZ, Carlos Humberto (Coordinador), Temas Selectos de Comercio Internacional, Ed. Porrúa, México, 2008.
- FARIA, José Eduardo El derecho de la economía globalizada, Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- FLOWENFELD, Andreas Resolución de disputas binacionales según los términos del capítulo XIX del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, 1ª edición, COLMEX, Madrid, 1993.
- GÓMEZ JENE, Miguel El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea: La eficacia del Laudo Arbitral, COLMEX, Madrid, 2000.
- GOLDIE, L.F.E. State Responsibility and the expropriation or property, *International Lawyer*, vol. 12, No. 1.
- GÓMEZ-PALACIO, Ignacio Derecho de los Negocios Internacionales - Arbitraje Internacional TLCAN, América Latina, CIADI, Ed. Porrúa, México, 2006.

- GONZALEZ DE COSSIÓ, Francisco en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique El Arbitraje Comercial, Ed. Themis, México, 2000.
- HERDEGEN, Matthias Derecho Internacional Público, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Honrad Adenauer, México, 2005.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Laura Comercialización internacional de los Servicios en México: Marco Jurídico, Mc. Graw-Hill, México, 1998.
- HERRERÍAS TELLERÍAS, Armando Fundamentos para la Historia del pensamiento económico, Ed. Limusa, 4ª. ed., México, 1996.
- IGLESIAS, Juan Derecho romano. Historia e instituciones, 10ª. ed., Barcelona, Ariel, 1992.
- LAVIÑA, Félix Organización del Comercio Internacional, Ed. Depalma, Argentina, 1993.
- LINDE PANIAGUA, Enrique et. Al. Derecho de la Unión Europea (Antecedentes, Instituciones, Fuentes y Jurisdicción), s. n. e. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio Los paneles binacionales del capítulo XIX del tratado de libre comercio no son autoridad para efectos del amparo (amparo en revisión número 280/98), PEDIR LOS DATOS AL DR. SALDAÑA, DOCUMENTO DE LA CARPETA.

- LÓPEZ – BASSOLS, Hermilo Los nuevos desarrollos del derecho internacional público y casos prácticos de derecho internacional, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2008.
- LÓPEZ – BASSOLS, Hermilo Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2003.
- MALPICA DE LA MADRID, Luis ¿Qué es el GATT?, Ed. Grijalva, México, 1979.
- MANSILLA Y MEJÍA, María Elena El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, y la Solución de Controversias, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., México, 10 de noviembre de 2001.
- MILAN, A. La Segunda Guerra Mundial, Ed. Crítica, España, 1986.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación directa: Modalidades de unificación tratado de derecho comunitario europeo, T. I., Civitas, Madrid, 1986.
- OREGO VICUÑA, Francisco (Comp.) Derecho Internacional Económico- Las nuevas estructuras del comercio internacional - Una perspectiva latinoamericana, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- PALACIOS LUNA, Manuel R. El Derecho Económico en México, Ed. Porrúa, 6ª ed, México, 1996.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge Tratados: Legislación y Práctica en México, 3ª edición, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1986.

- PATIÑO MANFFER, Ruperto Participación de México en la Organización Mundial de Comercio, en REYES DÍAZ, Carlos Humberto (Coordinador), Temas Selectos de Comercio Internacional, Ed. Porrúa, México, 2008.
- PERENNE, Jacques Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia, Ed. Cumbre, 16ª ed., México, 1980, Tomo VIII.
- PEREZCANO DÍAZ, Hugo ¿Son los páneles binacionales establecidos conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte autoridades para los efectos del juicio de amparo?, Documentos de Trabajo de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Ed. SECOFI, México, 1998.
- PEREZCANO DIAZ, Hugo La Solución de Controversias en el Marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, El futuro del libre Comercio en el Continente Americano – Análisis y Perspectivas, Ed. UNAM, México, 1997, México.
- PRICE, Daniel y CHRISTY III, Bryan An Overview of the NAFTA Investment Chapter Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, The North American Free Trade Agreement, PEDIR DATOS QUE FALTAN AL DOCTOR SALDAÑA.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia (Coord) Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y sistemas jurídicos comparados, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, S.N.E., México, 2006, Tomo I.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia El Comercio Exterior de México, Marco jurídico, estructura y política, Porrúa-UNAM, 2ª. ed., México, 2003.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa,

- México, 2007.
- REYES DÍAZ, Carlos Humberto Comercio Internacional-Jurisdicción Concurrente en Materia de Prácticas Desleales, Ed. Porrúa, México, 2007.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia en GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (Coordinadoras), Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 2007.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia México y el Mecanismo Complementario del Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI), Jurídica, México, 2004.
- SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel Comercio Internacional – Régimen Jurídico Económico, Ed. Porrúa, México, 2005.
- SPRAGUE, Michael T. A courageous course for latin america: urging the ratification of the ICSID, Houston journal of International Law, Vol. 5:157, 1982.
- TORRES, B. México en la Segunda Guerra Mundial, Ed. Colegio de México, México, 1979.
- TRUJILLO HERRERA, Raúl Derecho de la Unión Europea, principios y mercado interior, s. n. e., Editorial Porrúa, México, 1999.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo ¿Hacia un acuerdo de libre comercio?, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo POSADAS, Alejandro, WINHAM, Gilbert R., MAYER y Frederick W. México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post tratado de libre comercio de América del Norte, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.
- VILLAREAL CORRALES, Lucinda TLC Las reformas legislativas para el libre

- comercio 1991-2001, Ed. Porrúa, México, 3ª. ed., 2001.
- VILLAROEL VILLAROEL, Darío, Derecho de los Tratados en las Constituciones de América, Ed. Porrúa, México, 2004.
- WITKER, Jorge Códigos de Conducta Internacional del GATT suscritos por México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1989.
- El régimen jurídico del comercio exterior de México, IJ- UNAM, México, 1995.
- El GATT(Acuerdo General de Aranceles y Tarifas), UNAM., México, 1986.
- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnósticos y propuestas jurídicas, UNAM, México, 1993.
- Resolución de controversias comerciales en América del Norte, IJ-UNAM, México, 1994.
- WITKER, Jorge y HERNANDEZ Laura Régimen jurídico del comercio exterior en México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, S.N.E., México, 2000.
- WITKER, Jorge y PATIÑO, Ruperto La defensa jurídica contra prácticas desleales de comercio internacional, Ed. Porrúa, México, 1987.
- ZABLUDOVSKY, Jaime El proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en ARRIOLA, Carlos (compilador), Testimonios sobre el TLC, Ed. Porrúa, México, 1994.

## LEYES Y TRATADOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el D.O.F. el 29 de diciembre de 1976 y se reformó por última vez el 30 de noviembre de 2000.

Ley sobre Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 2004.

Ley del Servicio Exterior Mexicano y Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Convención de Nueva York, aprobada el 15 de octubre de 1970 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 1971.

Convención de Panamá, promulgada según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

Tratado de Montevideo que creó la Asociación Latino Americana de Libre Comercio del 18 de febrero de 1960.

Tercera reunión de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio celebrada el 12 de agosto de 1980, creadora de la Asociación Latinoamericana de Integración.

Cumbre de las Américas, celebrada del 9 al 11 de diciembre de 1994 en Miami, estableció el Área de Libre Comercio de las Américas.

Foro de Cooperación Económica del Pacífico Asiático, a partir de noviembre de 1989, México es parte de este foro desde 1993.

Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, firmado el 30 de octubre de 1947.

Acta final de Marrakesh del 15 de abril de 1994, establece la Organización Mundial de Comercio.

Tratado por el que se crea la zona de libre comercio de América del Norte,  
188

publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993.

Tratado de libre comercio del Grupo de los tres: México - Venezuela - Colombia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1995.

Tratado de libre comercio México - Costa Rica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1995.

Tratado de libre comercio México - Bolivia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1995.

Tratado de libre comercio México - Nicaragua, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de julio de 1998.

Tratado de libre comercio México - Chile, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 1999.

Acuerdo de Asociación Económica, concertación política y cooperación entre México y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2001.

Tratado de libre comercio entre México y la Asociación Europea de libre comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 2001.

Tratado de libre comercio entre México - Guatemala - Honduras y El Salvador, vigente desde el 1 de enero de 2001.

Tratado de libre comercio México - Israel, en vigor desde el 1 de julio de 2000.

Tratado de Libre Comercio entre la República Oriental del Uruguay y de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor a partir del 15 de julio de 2004.

Acuerdo para el fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón, en vigor desde el 1 de abril de 2005.