



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



**LA INSEGURIDAD JURIDICA EN LA INTERPRETACION
DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN EL TRATADO
DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE
SOBRE MATERIA DE INVERSION**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

MARCELA GUADALUPE FLORES RECIO.

Asesor: Lic. Ramón Wilfrido García Aguilera

Celaya, Gto.

Enero 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA INSEGURIDAD JURIDICA EN LA INTERPRETACION DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE SOBRE MATERIA DE INVERSION

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1.1	ANTECEDENTES.	01
1.2	CONTROVERSIA.	05
1.3	PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.	05
1.4	CLASES Y GENERALIDADES DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.	06
	1.4.1. HETEROCOMPOSICIÓN	06
	1.4.1.1. CONCILIACIÓN.	07
	1.4.1.2. MEDIACIÓN.	08
	1.4.1.3. ARBITRAJE.	12
	1.4.2. AUTOCOMPOSICIÓN.	14
	1.4.2.1 TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL.	15
	1.4.3 OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.	16
1.5	DESCRIPCIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.	19

CAPITULO SEGUNDO

ARBITRAJE

	ANTECEDENTES.	20
2.1	ARBITRAJE. CONCEPTO.	21
2.2	NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.	22
2.3	CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.	25
2.4	CLASES DE ARBITRAJE.	28
2.5	TIPOS DE ARBITRAJE.	31

CAPITULO TERCERO

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

	ANTECEDENTES.	32
3.1	ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. CONCEPTO.	37
3.2	CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.	38
3.3	CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.	39
3.4	MECANISMOS DE ACCESIÓN AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.	41
	3.4.1 CLÁUSULA COMPROMISORIA.	41
	3.4.2 MODELO DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA.	41
	3.4.3 ACUERDO INDEPENDIENTE.	41
3.5	PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL EN MÉXICO.	42
	3.5.1 REGULACIÓN JURIDICA DEL ARBITRAJE EN MÉXICO.	42
	3.5.2 LIMITACIONES SOBRE EL TIPO DE CONTROVERSAS QUE PUEDEN RECURRIRSE MEDIANTE ARBITRAJE.	43
	3.5.3 EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES ANTES O DURANTE EL PROCESO DEL ARBITRAJE.	44
	3.5.4 CASOS EN QUE LOS TRIBUNALES LOCALES PUEDEN DESECHAR O NEGARSE A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.	45
	3.5.5 REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL PARA PARTICIPAR EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL YA SEA COMO ÁRBITRO O COMO REPRESENTANTE DE UNA PARTE.	46

PÁGINA

3.5.6	REGLAS SUSTANTIVAS PARA QUE LOS ÁRBITROS RESUELVAN EL FONDO DE LA CONTROVERSIA, ASÍ COMO REGLAS SOBRE EL CONTENIDO DEL LAUDO.	46
3.5.7	PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y DEL LAUDO ARBITRAL.	47
3.5.8	PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL.	47
3.5.9	INSTITUCIONES MEXICANAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL.	47
3.5.10	REGLAS DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO.	48
	3.5.10.1 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO.	48
3.6	ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN TRATADOS MULTILATERALES Y BILATERALES.	66
	3.6.1 PRESENCIA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL A NIVEL AMERICANO.	69
	3.6.2 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTES CONTRATANTES.	70
	3.6.3 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA.	73

CAPITULO CUARTO

INVERSIÓN

	ANTECEDENTES.	75
4.1	LA PROTECCIÓN A LOS FLUJOS DE INVERSIÓN.	77
4.2	INVERSIÓN. CONCEPTO.	78
4.3	COMPOSICION DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.	79
4.4	PRINCIPIOS RECTORES DEL CAPÍTULO DE INVERSIÓN DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.	81
	4.4.1 NACIÓN MÁS FAVORECIDA.	81
	4.4.2 TRATO NACIONAL.	82
	4.4.3 NIVEL MÍNIMO DE TRATO.	84
4.5	DERECHOS SUSTANTIVOS DE LOS INVERSIONISTAS.	86
4.6	APERTURA SECTORIAL.	86

4.7	REQUISITOS DE DESEMPEÑO.	88
4.8	ALTOS EJECUTIVOS Y CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.	90
4.9	TRANSFERENCIAS.	90
4.10	EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN.	91
4.11	DENEGACIÓN DE BENEFICIOS.	95
4.12	MEDIDAS RELATIVAS A MEDIO AMBIENTE.	95
4.13	RESERVAS Y EXCEPCIONES.	98

CAPITULO QUINTO

ARBITRAJE INTERNACIONAL DENTRO DEL ESQUEMA DEL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS DE INVERSIÓN (CIADI).

5.1	CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS DE INVERSIÓN (CIADI).	101
	5.1.1. ANTECEDENTES	103
5.2	NATURALEZA.	106
5.3	REQUISITOS DE JURISDICCIÓN.	107
5.4	DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO.	112
5.5	DERECHO APLICABLE AL FONDO.	112
5.6	RECURSOS.	113
5.7	MECANISMO COMPLEMENTARIO.	116
	5.7.1 CONSECUENCIAS DEL MECANISMO. COMPLEMENTARIO.	117
5.8	CASOS DE LOS CUALES MÉXICO HA SIDO PARTE.	118

CAPÍTULO SEXTO.

ARBITRAJE INTERNACIONAL DENTRO DEL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.

6.1	ANTECEDENTES.	123
6.2	MECANISMO DE SOLUCIÓN DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.	127
6.3	NOTAS INTERPRETATIVAS.	131
6.4	CONFLICTOS A LOS QUE SE APLICA.	134
6.5	TRIBUNALES ARBITRALES.	136
6.6	CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.	136

	PÁGINA
6.7 AGOTAMIENTO DE LAS INSTANCIAS.	138
6.8 DERECHO APLICABLE.	141
6.9 RÉGIMEN JURÍDICO.	142
6.10 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL.	149
6.10.1 LAUDOS ARBITRALES.	149

CAPÍTULO SÉPTIMO

RESOLUCIONES ARBITRALES DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE.

7.1 LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE.	152
7.2 CASOS.	156
7.2.1 METALCLAD CORPORATION CONTRA MÉXICO.	157
7.2.3 WASTE MANAGEMENT CONTRA MÉXICO.	162
7.3.4 METHANEX CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	163

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La creciente competencia de los mercados mundiales, los bloques comerciales globales y la globalización, son un marco variado de sistemas para lograr la apertura de mercados. Todos presentan analogías y discrepancias, ya sea entre particulares o Estados. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

Platón enseña que "el mayor bien para el Estado, no es la guerra ni la sedición sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que ponga remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero zanje las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces mas integro que se a posible encontrar. Un Estado no sería estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido".

El Estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que la imponer la obligación debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición, así pues en las organizaciones sociales modernas el estado tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública. Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico alterado por conductas humanas al contrario de las normas establecidas.

La importante en el Derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por su propia mano, haciendo imposible la convivencia social. Ello explica por que la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema público no está en condición de brindar.

En la actualidad existen procedimientos alternativos a los litigios en cortes nacionales y se han expandido con gran auge debido a que los órganos jurisdiccionales de un Estado no han podido dar solución urgente a los problemas con los que se enfrenta el comercio mundial y porque los Tribunales de un Estado no han sido capaces de resolver los problemas que están más allá de sus fronteras. Las razones de preferencia de métodos alternativos de solución de controversias en transacciones económicas internacionales fuera de las cortes judiciales nacionales son, aunado a lo dicho anteriormente, la flexibilidad, confidencialidad y rapidez del procedimiento, junto con la neutralidad y experiencia de un tercero que puede intervenir en el mismo.

El arbitraje puede ser una de las formas a través de la cual las personas encuentren el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes, dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos. Es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o mas partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (*arbitro o tribunal arbitral*) para que los resuelva. Si bien es cierto que descongestionaría la pesada carga procesal. No podemos concebirla como un competidor de la vía judicial sino más bien como una vía complementaria en el entendido que el arbitraje no es valido para cumplir clases de litigio o bajo cualquier circunstancia.

Así, el arbitraje en materia de inversión es de suma importancia. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su capítulo XI está dedicado a la solución de controversias en esta materia, siendo un aspecto trascendental y muy negociado, debido a que no tiene precedente en ningún acuerdo preexistente.

El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, marca un mecanismo de solución de controversias cuando un Estado Miembro no cumple con algunas de las reglas internacionales en materia de inversión. Dicho mecanismo consiste en acudir ante un tribunal arbitral y después de seguir un procedimiento obtener un laudo arbitral.

El hecho al que nos referimos es que estos laudos no sientan un precedente, provocando inseguridad jurídica al inversionista, debido a que en las controversias relativas a inversiones que han sido llevadas mediante arbitraje, los paneles arbitrales han realizado diferentes interpretaciones sobre el texto del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

CAPÍTULO PRIMERO

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE

CONTROVERSIAS

1.1 ANTECEDENTES.

En el presente capítulo expondremos ciertos medios de resolución que han surgido derivados de las modernas relaciones jurídico comerciales en los niveles binacional y multinacional, y otros más característicos de una cultura anglosajona y que han permitido encontrar formas alternas para procurar justicia.

Desde la antigüedad, se han ideado diversas formas de solucionar tales conflictos, desde la primitiva ley del talión hasta la implantación de Tribunales Estatales; el hombre siempre estará en pugna con su vecino, con su arrendador, con su cónyuge, con su gobierno, con sus trabajadores, en suma, con los que debe relacionarse. Si bien es cierto que los Tribunales Estatales cada vez están mejor preparados para impartir justicia, las relaciones humanas son más complejas, haciendo más evidente que los tribunales estatales están expeditos para impartir justicia, las diferencias y los conflictos rebasan la capacidad de dichos tribunales, y que los particulares buscan con mayor frecuencia justicia más pronta y eficaz, con la intención de disponer de otros medios alternativos de jurisdicción estatal que colmen las necesidades y solucionen de manera mas civilizada sus controversias, sin tener que suspender relaciones comerciales y jurídicas valiosas.¹

Tradicionalmente la solución de controversias derivadas de las relaciones jurídicas se ha desarrollado en dos vías paralelas, por un lado, el Estado a

¹ Uribarri Carpintero Gonzálo. El Arbitraje en México. Ed. Oxford. Colección de Estudios Jurídicos. México 1999. pp. 1 y 2.

través de sus Tribunales ha asumido la función jurisdiccional; y por otra parte han incluido en sus legislaciones a Tratados Internacionales que presentan mecanismos alternativos.² Se han distinguido dos ámbitos en los mecanismos alternativos de solución de controversias, por razones de los sujetos que intervienen en ellos: el privado que involucra sólo a particulares y el público que es entre Estados. Sin embargo la necesidad de los particulares de acudir a los gobiernos para la defensa de sus intereses derivados de tratados internacionales, ante violaciones de otro Estado sin que pudieran hacerlos valer por si mismos ha resultado en el desarrollo de mecanismos híbridos o intermedios, cuyos sujetos activo y pasivo respectivamente son los particulares y un Estado. El desarrollo de estos mecanismos se ha dado principalmente en materia de inversión, a la cual nos avocaremos más adelante presentando un capítulo para su pleno estudio.

La creciente integración de los mercados mundiales, con el consecuente aumento de los flujos de comercio e inversión, genera un incremento en las controversias comerciales internacionales, tanto entre los Estados signatarios del Tratado como los particulares que realizan las transacciones. Por esta causa existe la necesidad de contar con mecanismos adecuados y eficaces para solucionarlas. La incorporación de dichos mecanismos en el Derecho Mexicano es sumamente reciente y como referencia tenemos al Tratado de Libre Comercio para América del Norte como primer instrumento.³ La justificación jurídica que se ha formulado para este mecanismo de solución de controversia, es el artículo 8 de la Ley sobre la Celebración de los Tratados⁴, el cual permite la estipulación de un mecanismo de solución de controversias siempre y cuando en ellos se preserve el Principio de Reciprocidad internacional, se establezca a las partes la garantía de audiencia y el debido

² Perezcano Díaz, Hugo. La Solución de las Controversias en el Mercado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 3ª ed. Ed. Themis. México. 2001. p. 277.

³ Ibidem . p. 278

⁴ El artículo 8 de la Ley sobre la Celebración de los Tratados.

ejercicio de sus defensas y se establezca la integración imparcial de los órganos o paneles de decisión.⁵

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, prevé un procedimiento en materia de inversión y tres mecanismos más de solución de controversias con procedimientos distintos:

1. El procedimiento general entre Estados, establecido en el capítulo XX, para la prevención o solución de controversias relativas a la aplicación o interpretación del tratado o respecto de aquellas circunstancias en que una Parte considera que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones del tratado, o pudiere ser causa de anulación o menoscabo de beneficios.⁶

2. El procedimiento Inversionista – Estado, establecido en la sección B, del capítulo XI donde se asegura a los inversionistas de los Estados Parte un debido proceso, ante un tribunal imparcial. Este mecanismo puede hacerse valer por inversionistas de un país respecto de sus inversiones en el país en cual se alega la violación, pero los inversionistas no pueden demandar al Estado del que son nacionales. Ello es congruente con el principio de reciprocidad internacional, puesto que si bien lo nacionales de un Estado no pueden demandar lo por inversiones en la materia, si gozan de este derecho respecto de sus inversiones en el otro país Parte del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.⁷

3. El procedimiento en materia de cuotas compensatorias que establece en el capítulo XIX. Éste es un procedimiento que permite a los particulares solicitar la integración de un Tribunal Arbitral Binacional, para que revise si la autoridad investigadora administradora competente

⁵ Velarde Estrada, Rogelio. “Breves apuntes en torno al Capítulo de inversión del TLC”. Revista Jurídica PEMEX Lex. No. 75-76 Septiembre/Octubre de 1994. México. p 27

⁶ Artículo 2004 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

⁷ Pérezcano Díaz. Op. cit. p. 287

de una Parte permitió la resolución definitiva de una cuota compensatoria y antidumping, conforme a derecho y si estuvieron bien realizadas en forma y fondo. No existe una regulación común en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en materia de prácticas desleales comerciales; cada Parte mantiene su propia legislación al respecto y los paneles determinan si cada una de las legislaciones se esta aplicando correctamente.⁸

4. El procedimiento relativo a los servicios financieros del capítulo XIV, que se basa en los procedimientos establecidos en los capítulos XIX y XX con modalidades específicas.⁹

El mecanismo previsto en el capítulo XI no es exclusivamente arbitral, sino que se compone de dos fases: negociación o consultas¹⁰ y arbitraje¹¹. Esto es uno de los elementos que lo diferencian de las otras dos formas de controversias que establece el Tratado, ya que en el capítulo XX se establecen cuatro fases, al igual que en el capítulo XIX. El artículo 1118 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, establece que “las Partes contendientes intentaran primero dirimir la controversia por vía consulta o negociación”. El inversionista deberá acreditar la existencia de daños económicos como resultado de dicha violación. No llegándose a una solución mutuamente satisfactoria para las partes, la reclamación puede someterse a arbitraje, ya sea bajo la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI), las Reglas para el Mecanismo Complementario del CIADI, o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI); éstas regirán el procedimiento arbitral en todo lo que no este previsto en el capítulo XI.

⁸ <http://www.rz.uni-hamburg.de/IK/arbeitspapiereIK2>.

⁹ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa. México 2002. p. 712

¹⁰ <http://iadc.iwa.org/>

¹¹ <http://www.ucab.edu>.

Este arbitraje inversionista contra Estado, implica sujetar a arbitraje los actos u omisiones que hagan ciertas dependencias federales, estatales o municipales, así como los actos u omisiones de ciertas empresas Estatales.¹²

Es importante saber que conflictos son susceptibles de ser resueltos por arbitraje como mecanismo de solución de controversia del capítulo de inversión, por ello es necesario analizar el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y determinar estas controversias. Y por ello es necesario partir desde el concepto de controversia y que se señala en el siguiente punto.

1.2 CONTROVERSIA

Una controversia, es el desacuerdo entre dos o más partes respecto de una relación existente entre ellas a la luz de sus intereses, dicho desacuerdo envuelve gobiernos, instituciones, personas jurídicas o personas privadas en diferentes partes del mundo.

Históricamente la resolución de controversias derivadas de las de las relaciones jurídicas se ha desarrollado en dos vías paralelas, por un lado, el Estado a través de sus Tribunales ha asumido la función jurisdiccional; y por otra parte han incluido en sus legislaciones Tratados internacionales que presentan mecanismos alternativos.¹³

1.3 PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Débe existir autonomía de la voluntad para escoger el medio que más acomode.

- Sujeción al medio que se haya aceptado.
- Confidencialidad y privacidad de las actuaciones.
- Celeridad.

¹² Ortiz Alfth Loreta, Fernando Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos. Editorial Themis. México 1998. p.111

¹³ Perezcano Díaz. Op. cit. p. 277.

- Igualdad de las partes.
- Informalismo y flexibilidad.
- Imparcialidad o neutralidad.
- Derecho a defensa.

1.3 CLASES Y GENERALIDADES DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Existen dos clases de métodos alternativos en general, y esta división se debe a las características propias con las que cada uno cuenta y se distingue de los otros, y estos según la forma en como se presente a su vez se dividen en las formas que mencionaremos en el siguiente punto. Pero antes, es necesario mencionar los dos métodos a los que hacemos referencia y se trata de:

- Heterocomposición.
- Autocomposición.

1.4.1 HETEROCOMPOSICIÓN.

José Ovalle Favela, afirma que “en la heterocomposición, la solución al conflicto es calificada como imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia”. A su vez para Cipriano Gómez Lara, implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto. Históricamente, en un principio, las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero, quien de forma amigable trataba de avenirlos, ésta es la amigable composición, que equivale a una forma de composición que surge de un pacto por cuyo medio las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión del amigable componedor, no es aun vinculatoria ni obligada para los contendientes; por ello el amigable componedor sólo podrá procurar avenirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento, o a un allanamiento.

Lo que da fuerza a la opinión de este tercero es la propia voluntad de las partes para acatarla o no. Es así como el Doctor Ovalle Favela, señala las distintas especies: mediación, conciliación, ombudsman, arbitraje, y proceso jurisdiccional.

1.4.1.1 CONCILIACIÓN

Es una forma extrajudicial de solucionar directamente los conflictos, que surgen de las relaciones contractuales y extracontractuales, con la participación activa de un tercero imparcial, sin la intervención de la justicia ordinaria. En este caso el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel mas activo, consistente en proponer alternativas concretas a las partes para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. El Centro de Arbitraje nombra un conciliador y cita a las partes interesadas a una sesión. En presencia del conciliador, éstas mediante el diálogo directo llegan a un acuerdo. Se redacta un Acta de Conciliación, en el que se especifica lo acordado y establece las obligaciones que adquieren ambas partes. Este documento es obligatorio para ellas y tiene los mismos efectos y validez legal de una sentencia judicial. A diferencia del mediador, quien se limita a establecer la comunicación entre las partes, el tercero asume el papel conciliador y su función se denomina conciliación. Sin embargo, la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes; la solución depende finalmente de ellas. Por este motivo, se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, un lugar intermedio ente la autocomposición y la heterocomposición.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, destacan que las relaciones de jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición y arbitraje, que cabe precisarlas como sigue: las tres primeras y el arbitraje, que desde su punto de vista reabsorbe en la jurisdicción, coinciden en dos extremos; persiguen la solución de litigios inminentes o presentes y funcionan a tal fin con base en dos partes y un tercero imparcial. No obstante discrepan en que mientras el

juzgador se encuentra suprapartes, y por tanto impone una solución, el conciliador - quien formalmente se haya interpartes, aunque materialmente se encuentre en infrapartes, lo mismo que el mediador- se limita a proponer una o mas soluciones.

1.4.1.2 MEDIACIÓN

Oswaldo Alfredo Gozaíni, señala que “mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.¹⁴ A través de la mediación el autor afirma que se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, en la cual el órgano actuante “acompañe” a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis. Se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, en el que lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en vez de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sin razón. Básicamente la mediación resulta ser un medio más ágil para evitar que la controversia se traduzca en litigio, en efecto; el papel del mediador es muy activo a comparación del juez, quien funge como un tercero convencido de que debe dar la razón a uno de los contendientes, sin aspirar talvez a mediar y terminar el conflicto en un convenio. Se distingue de la conciliación, de acuerdo con las modalidades como ésta se realice. Mientras que, la conciliación crea posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, pero no se detiene en el contenido del problema, sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e interés de los sujetos en conflicto. Sin embargo, con la conciliación procesal (intraprocesal o extraprocesal) las distancias son elocuentes: esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa y suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su

¹⁴Revista Ars Luris, num. 14. Gozaíni Oswaldo Alfredo. “La Mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias”, Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. P. 89

flexibilidad y oportunidad, sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate. La mediación parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo a la manifestación de deseos preliminar; así, el mediador no es absolutamente neutral, o por lo menos lo es desde una perspectiva singular. Es así que la diferencia entre la conciliación y la mediación es que, como etapa previa a la contienda en que se debatirá la litis, y se inserta en el proceso a manera de agotarla forzosamente, elimina su eficacia y predispone a las partes a pasar inmediatamente a la siguiente fase procesal, llámese juicio o arbitraje.

La mediación se diferencia del arbitraje, por las metodologías puestas en práctica por ambas; así mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia, la otra no sigue el sistema adverso, sino que lo repudia.

El arbitraje es solemne y ritualista en su armado y tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre el laudo y sentencia existen grandes similitudes. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de los jueces ordinarios. También a diferencia del arbitraje, que es un proceso en el cual el laudo es obligatorio para las partes, en la mediación y conciliación, las partes no están obligadas por el acuerdo propuesto por el conciliador o mediador.

Sin embargo, aunque la legislación comercial o civil no especifica sobre los medios alternativos de solución de controversias, un acuerdo alcanzado por las partes como resultado de la mediación o de la conciliación puede ser legalmente reconocido. Las partes involucradas en un procedimiento de mediación o de conciliación pueden buscar reconocimiento legal del acuerdo a través de una transacción¹⁵. La mediación tiene un sentido más cooperativo: no existen formas sacramentales que hagan nula su procedencia.

¹⁵ Artículo 2944 del Código Civil Federal.

Entre sus ventajas, la mediación reporta:

1. Es amistoso para las partes y se utiliza un lenguaje sencillo.
2. Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas.
3. Mantiene relaciones en lugar de destruirlas.
4. Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común, sino logra un acuerdo, por lo menos posibilita poner manifiesto la situación creada y la posición de la parte.
5. Produce acuerdos creativos, pues cambia las reglas del juego. El mediador trabaja conjuntamente con las partes para generar todas las opciones posibles y solucionar el conflicto en busca de arreglos.
6. Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación.
7. Comparado con el proceso judicial, es reducido en sus costos.
8. De igual manera, es reducido el tiempo.

En cierta medida, la mediación se encuentra muy cerca de lo que constituye la figura de transacción; sin embargo en la transacción solo hay voluntades de ambas partes, mientras que en la mediación existen dos voluntades y un tercero neutral, quien los ubica en sus pretensiones y los orienta a la composición.

Y sin embargo como desventaja, un elemento primordial para que la mediación sea exitosa es la existencia de buena fe en la mesa de conversaciones. Harry B. Endsley en su nota técnica para el Seminario acerca de la Negociación, Mediación y Arbitraje Comercial Internacional, sobre el

modulo de la mediación realizado en noviembre de 1997 en la ciudad de Acapulco, Guerrero; señala que las ventajas de la mediación son:

- a) Tiene una naturaleza voluntaria.
- b) Es un acto puramente voluntario de las partes.
- c) Hasta en casos de apremio del tribunal, la resolución esta en manos de las partes y de sus consejeros (abogados).
- d) El proceso, con su informalidad y flexibilidad, es práctico y con un mediador experimentado no ofrece ningún riesgo, pero incrementa la posibilidad de una conciliación, aun cuando la mediación no produzca una conciliación en el acto.
- e) Da la facultad a las partes para resolver las controversias de una manera más pronta y económica, antes de que la sombra de un juicio fuerce a una conciliación.
- f) No conlleva riesgos en virtud de que las partes tienen una opción de transigir en primer término sin llevar a cabo un procedimiento judicial ni interferir de alguna manera con esa instancia.
- g) La promesa que se haga a las partes en una mediación es que, en vez de llevarlas a una resolución final sobre su controversia, su caso se llevará a un punto más cercano a la conciliación. De cualquier manera, no se dañará la posición de ninguna de las partes.
- h) Da una resolución más rápida y económica.
- i) Es invariablemente más rápida que cualquier procedimiento judicial.
- j) En ella se considera la regla 90%/10%.
- k) Conlleva un rango ilimitado de soluciones.
- l) Las soluciones disponibles a través de los procedimientos judiciales son ilimitados por estatuto, la ley o tradición legal (daños monetarios, mandato judicial, y sentencia declarativa.).
- m) Ofrece el más amplio rango para soluciones creativas de una disputa.

n) Las partes crean las soluciones y saben mejor que nadie qué va a funcionar y qué no.

o) No hay restitución al rango de soluciones: cualquier cosa sobre la que las partes se hallen de acuerdo es aceptable.

p) Hay muchas alternativas para un pago a precio alzado, incluidos los arreglos para pagos a través del tiempo con intereses sobre el saldo insoluto, los arreglos en especie, las opciones de compra de todo o parte de un negocio, la adjudicación de derechos o los establecimientos de un nuevo acuerdo de negocios.

q) Tiene la capacidad para lograr conciliaciones constituidas sobre el interés que faculta a las partes a dar mejores soluciones, de modo que en un proceso judicial el resultado sea “suma-cero”.

r) Crea distintas posibilidades.

s) Evita el problema de instruir al juez.

t) Al no haber juez, las partes tienen la carga de la toma de decisión, de modo que deben analizar los asuntos y dar soluciones.

1.4.1.3. ARBITRAJE

En derecho internacional el arbitraje es una institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales, y se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferencia a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas (comisión arbitral), libremente designadas por los Estados, y que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden señalarles. Es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o más partes, quienes acuerdan la intervención de un tercero (*arbitro o tribunal arbitral*) para que los resuelva.

De todas las instituciones antes mencionadas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez, pues las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante sus similitudes, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes. A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto mas bien impone una solución vía *laudo arbitral*, que tiene efectos de sentencia judicial. Además se diferencia de los anteriores (mediación y conciliación), en que es un medio heterosolucionador, es decir, donde un tercero es el que decide. Al arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria. Dado el origen privado del arbitraje, es que las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso. Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos conforme al sistema donde vayan a insertarse, tal es el caso del:

- Arbitraje ad hoc.
- Arbitraje institucional.
- Arbitraje voluntario.
- Arbitraje forzoso.
- Arbitraje de derecho.
- Arbitraje de equidad.

La eficacia del arbitraje radica en la validez de la decisión que emana del árbitro, en esa virtud el laudo, esta respaldado por la cosa juzgada y es factible de ejecución al igual que una sentencia judicial. A través del arbitraje las partes habrán sustituido el juicio de conocimiento y todo el trámite que se requiere en

la justicia para llegar a una sentencia, en menor tiempo, con menor costo con el mismo resultado.

Se han expuesto varias razones por las que aún se ponen trabas para utilizar éste medio solucionador, y es que aún hasta ahora hay desconocimiento por parte de aquellos que prestan el servicio de asesoría jurídica así como de los propios jueces y en un segundo plano, su regulación en algunos países. El arbitraje comercial, junto con la mediación, son dos medios alternativos para la solución de conflictos entre empresas. Estos medios de solución brindan rapidez, economía, imparcialidad y confidencialidad. En un buen número de contratos internacionales las partes prefieren introducir una cláusula de arbitraje por las ventajas que implica y porque ninguna de las partes queda sometida a jurisdicciones desconocidas, a un idioma extranjero y los procedimientos se llevan de alguna manera lejos del lugar donde tienen su negocio.

1.4.2. AUTOCOMPOSICIÓN

Para Eduardo Pallares, la autocomposición consiste en la terminación del litigio por voluntad unilateral o bilateral imparcial. A su vez Carnelutti distingue entre "...la composición del litigio que efectúan las partes (o autocomposición) de la que lleva a cabo el juez (heterocomposición). Además, la autocomposición es un género dentro del cual cabe que se reconozcan varias especies, dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo. Así se habla de la renuncia, el reconocimiento y la transacción, las dos primeras unilaterales y la última bilateral.¹⁶

¹⁶ Francesco Carnelutti. Derecho Procesal Civil y Penal. 4ª ed. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1971. p.16

1.4.2.1. TRANSACCION INTRAPROCESAL

Un medio de gran importancia para la solución de los conflictos, es la transacción intraprocesal. Se trata es este caso, de una forma autocompositiva, en donde las partes haciéndose recíprocas concesiones llegan a un acuerdo que soluciona su conflicto. Este tipo de soluciones se presenta durante el desarrollo del proceso arbitral, de ahí que le denominemos transacción intraprocesal, y no extraprocesal. Se presenta cuando estando en tramite el proceso arbitral, las partes, antes del momento en que pudiera pronunciar el laudo arbitral, deciden los términos en que debe decidirse la controversia, es decir, sin esperar a que el tribunal arbitral pronuncie resolución. Cuando decimos que la transacción intraprocesal es un medio de solución autocompositiva, queremos decir que son las mismas partes las que solucionan la controversia y no el árbitro, el mediador o el conciliador.

A la transacción intraprocesal también se le puede llegar mediante el procedimiento conciliatorio, cuando éste se realiza paralelamente al trámite del proceso arbitral. No obstante cabe diferenciar la transacción a que se llega cuando se utiliza la mediación y conciliación, de cuando se utiliza en este tipo de transacción intraprocesal a que nos referimos.

En el procedimiento empleado para obtener la transacción intraprocesal, generalmente son las mismas partes litigantes las que proponen la solución y no siempre tiene conocimiento de los procedimientos o negociaciones el árbitro, al que normalmente las partes ignoran, aunque después le comuniquen que ya se llegó a un acuerdo solucionador. Aquí no hay actividad jurisdiccional, ya que no, existe algún tercero que decida el conflicto interpartes, sino que son las partes mismas las que lo deciden. Luego de que las partes en conflicto llegan a un acuerdo entre ellas, se somete el convenio al tribunal arbitral para que lo sancione de legalidad, es decir lo homologue.

1.4.3 OTROS MEDIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Además de las anteriores formas de composición, existen otros medios alternos a la jurisdicción e incluso a la conciliación, y mediación que se aplican sobre todo en el marco de las relaciones comerciales internacionales y aun en casos domésticos, de origen anglosajón.

Algunas de las razones por las que se han desarrollado otras formas alternativas de resolver posibles controversias o disputas en progreso, apunta Mauro Rubino-Sammartano¹⁷, se deben al avance económico de los países con el sistema legal del Common Law, así como a contratos que al final de este siglo están gozando de un auge sin precedente, tales como el arrendamiento financiero, el factoraje y la franquicia.

a) **El Pequeño Juicio.**- Conocido también como “Minitrial” en su país de origen (Estados Unidos De América) o, como “in Vitro Trial”; es esencialmente un procedimiento informal en el que las partes acuden a reuniones que son como simulacros de juicios, organizadas por los abogados respectivos. En dichas reuniones se exponen y debaten los argumentos de las partes, así como las pruebas en las cuales se funden sus pretensiones. En virtud de que no existen reglas dictadas para este tipo de procedimiento, las partes deben diseñarlas para cada caso. Su objetivo es que las partes, al informarse en detalle de la posición y argumentos de su contraria, además de las pruebas disponibles tengan una visión objetiva y realista de sus posiciones en la controversia, antes de iniciar cualquier acción judicial o incluso un arbitraje formal, explorándose así la posibilidad de un acuerdo posible que evite un litigio. Cuando se concluye exitosamente este mini juicio, se realiza un acuerdo amistoso entre las partes, mediante una transacción. Se aconseja que el convenio en cuestión sea firmado ante fedatario público para

¹⁷ Internacional Arbitration Law. Kluwer Law and Taxation Publishers. Holanda.1990. p.7

eventualmente hacer más accesible la ejecución del acuerdo, pues por si solo el acuerdo no tendría ejecución posterior. El pequeño juicio, dadas las circunstancias en que se desenvuelve, se destina a casos controvertidos entre empresarios que realizan múltiples negocios a fin de recuperar la confianza entre ellos y se eviten gastos inútiles.

b) **El Juicio Privado.** También conocido como “Private Trial o Rent a Judge”, que procede de la legislación propia del Estado de California, EUA., en el que las partes, a fin de solucionar una controversia conforme a dicha legislación, pero sin los inconvenientes del sistema judicial, pueden seleccionar de común acuerdo a un abogado (generalmente a un juez retirado) para que conduzca el procedimiento y dicte la sentencia respectiva, como si hubiese sido un juez en funciones, cuyos honorarios son pagados por ambas partes.

c) **El Arbitraje Derivado.** Las reglas referentes a este tipo de arbitraje tiene en común que conservan el derecho a un juicio ante la Corte si cualquiera de las partes no esta satisfecha con los resultados del arbitraje.

d) **El Juicio Por Jurado Sumario.** En ingles se llama “Summary Juri Trial”, en el que se integra un jurado compuesto por personas incluidas en las listas elaboradas para tal efecto, el cual oye los argumentos y pruebas de las partes y dicta un veredicto que no será obligatorio.

e) **El Oyente Neutral.-** Las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por todos los intervinientes, a la que cada parte hace llegar su mejor propuesta, para que el oyente neutral las analice y determine si se encuentran lo suficientemente cerca ambas propuestas, para celebrar reuniones de negociación. Las resoluciones no son obligatorias.

f) **Adaptación De Contratos.** Como respuesta a la creciente complejidad de los contratos comerciales internacionales, las partes pueden recurrir de común acuerdo con la intervención de un tercero independiente a fin de adaptar el contrato original, actualizándolo para hacerlo operativo en circunstancias presentes, o para que colmara algunas de sus lagunas.

g) **La Consulta.** Consiste en que, frente a un amago o conflicto, o ante el evento de cualquier asunto urgente relacionado con el nexo jurídico que las vincula, las partes convienen en consultarse previamente entre si respecto a las medidas pertinentes. La consulta tiene como objetivo principal el prevenir el surgimiento de una controversia, se emplea de manera frecuente en relaciones económicas internacionales y suele recurrirse a ella antes de hacer negociaciones más formales. La figura de la consulta esta prevista y resulta obligatoria en diversos acuerdos y tratados internacionales.

h) **Los Buenos Oficios.** En aquellos casos en que las partes en una controversia no son capaces de resolverla directamente, un tercero puede ofrecer sus buenos oficios para evitar que se agrave la situación y persuadirlas de aceptar u método de solución de controversias. En el ejercicio de los buenos oficios, el tercero se limita a buscar la aproximación entre las partes y trata de favorecer una negociación directa, sin intervenir en ella.

1.4 DESCRIPCIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los Medios alternativos de solución de controversias (ADR o RAD) más utilizados dentro del esquema internacional son:

- Negociación: Método no adversarial y no adjudicativo.
- Mediación: Con las mismas características anteriores, pero participa un tercero neutral que facilita la solución del conflicto, y el cual no propone soluciones.
- Conciliación: Participa un tercero neutral que evalúa la disputa y propone soluciones.
- Arbitraje: Sistema adversarial y adjudicativo.

Hay procesos híbridos:

- Mediador - Arbitro
- Arbitraje de última oferta o "baseball" (El árbitro escoge una de las ofertas presentadas).
- Baseball nocturno (El árbitro establece antes su propio número y escoge la propuesta más cercana).
- Arbitraje Alto - Bajo (El fallo arbitral no puede ser superior o inferior a las bases pactadas).

CAPÍTULO SEGUNDO

ARBITRAJE

En éste capítulo examinaremos brevemente el inicio y evolución histórica de éste método solucionador. Así como también veremos a fondo en que consiste el procedimiento arbitral.

El arbitraje, es una institución muy antigua dentro del Derecho Internacional, pues se han encontrado rastros desde antes del siglo XL a J.C, en el Tratado celebrado entre Entemema, Rey de Lagash, y el Reino de Ummah, donde se fijaban las fronteras respectivas entre ellos y se designaba un árbitro que en ése entonces fue el rey Misilim de Kish, para resolver los conflictos que pudiesen surgir en la aplicación del Tratado. La historia de las formas de arbitraje hasta llegar al proceso propiamente dicho se puede ver ejemplificado objetivamente en la historia procesal del pueblo romano. En las primeras etapas del desarrollo histórico del proceso de este pueblo de juristas, se aprecia que tales formas eran muy cercanas al arbitraje, pues los magistrados o funcionarios públicos sólo entregaban a las partes una fórmula que éstas llevaban ante un juez privado, quien resolvía el conflicto. Incluso en la era media, fue utilizado muy frecuentemente el arbitraje para solucionar problemas y tomando el papel de árbitro el Papa o el Emperador. Es a partir de 1794, fecha en la cual se firmó el famoso Tratado Jay, entre Estados Unidos de América e Inglaterra, y se le da un gran impulso al arbitraje a lo largo del siglo XIX aunque sólo se trataba de casos aislados. Fue entonces en 1899 durante la Conferencia de la Paz de la Haya, donde se acepta el Arbitraje Institucional. Dentro de esa misma conferencia, se discutieron tres proyectos sometidos por Inglaterra, en la que se trataba de constituir una corte permanente, y dichas resoluciones se encuentran plasmadas ahora en los artículos del 20 al 27 de la Convención sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales, y se crea a través de ella, la Corte Permanente de Arbitraje.

Actualmente, existe ese rezago a aprender y poner en práctica este mecanismo dentro de nuestro país, y se sigue en la idea de recurrir a los tribunales judiciales del Estado. El arbitraje tiene la característica a diferencia del proceso estatal, en que toma en cuenta la consideración de las partes en el litigio, pues en el proceso oficial, el hecho de darle poder al juez ha venido desvalorizando las aportaciones de las partes, hasta reducirlas a casi simples objetos. En el arbitraje, el poder no se centraliza en el juzgador, sino que se comparte entre todos los sujetos del proceso.

2.1 CONCEPTO.

El Arbitraje, es el Método por el cual las Partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o un Tribunal constituido especialmente para este fin, con el objetivo de que sea resuelta conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de Derecho Internacional y con el entendimiento de que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final. José Becerra Bautista¹, considera al arbitraje como un sustituto de la jurisdicción. Etimológicamente, dice dicho autor, el vocablo árbitro proviene del latín *arbiter*, definido con estas palabras: *arbiter est qui honoris causa deligibur ab his siam dirimat*, o sea, árbitro es el escogido, en virtud de honoríficas razones, por aquellos que tienen una controversia, para que la dirima basada en la buena fe y en la equidad. En este sentido el arbitraje, es la institución jurídica que permite a las Partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares. Es un antecedente del proceso jurisdiccional. Carnelutti calificó al arbitraje como equivalente jurisdiccional, pero mediante él se obtiene la misma finalidad que se logra con el proceso jurisdiccional. En el arbitraje las Partes, por un acuerdo de voluntad, someten sus diferencias a la resolución de un juez eventual, privado y no profesional, al que llamamos árbitro.

¹ Becerra Bautista José. El Proceso Civil en México. 5ª ed. Ed. Porrúa. México. 1975 p. 741.

Eduardo Pallares, afirma que el arbitraje implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y que por ello tiene una importancia procesal negativa. Lo dicho por este autor muestra la necesidad de recordar si originariamente corresponde o no al Estado el derecho o facultad de juzgar las controversias entre particulares. En cuanto al proceso arbitral, la potestad de resolver una controversia por los árbitros deriva de la voluntad de las partes, reconocida por la ley. Los asuntos que pueden someterse a arbitraje deberán estar libres de cualquier esfera de orden o de interés público para que las Partes tengan la libre disposición de los derechos respectivos.

La American Arbitration Association, lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria. En general podemos decir que el arbitraje constituye una jurisdicción privada, instituida ya sea por la voluntad de las Partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de las Tribunales Estatales, a los que se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos estatales, para la resolución de un caso concreto.

En Derecho Internacional, el arbitraje es una institución destinada la solución pacífica de los conflictos internacionales, y se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferencia a la decisión de una persona (arbitro) o varias personas (comisión arbitral), libremente designadas por los Estados, y que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las Partes acuerden señalarles.

2.2 NATURALEZA DEL ARBITRAJE

El arbitraje tiene su fuente y justificación en la autonomía de la voluntad de las Partes en el contrato. Su característica primordial radica en la designación voluntaria de una persona o de una institución encargada de proporcionar la solución jurídica y ejecutable al litigio que confronta a los contratantes. En eso difiere de la jurisdicción estatal u oficial, que impone a los

individuos y personas morales jurisdicciones ya constituidas, así como procedimientos oficiales y generalmente públicos. Su naturaleza se puede resumir en los siguientes puntos:

- a) El arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver controversias.
- b) Resulta de la voluntad de las partes; en ocasiones, como hemos visto y advertiremos posteriormente puede venir de la ley.
- c) El árbitro no tiene coertio para hacer cumplir sus laudos.
- d) La jurisdicción es soberana e indelegable; por tanto, el árbitro, no puede equipararse a un juez.
- e) Las facultades del árbitro sólo derivan de la voluntad de las partes.

El Arbitraje es un método de resolución de conflictos alternativo a la justicia. Es un mecanismo mediante el cual los conflictos son resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales. Producido un diferendo o una contienda de intereses entre dos o más Partes, estas deciden someter su diferencia a un tercero que provea la solución. A diferencia de la mediación, que pone el énfasis en la voluntaria participación de las Partes en el proceso y en el diseño del acuerdo final, aquí el acuerdo es provisto por el tercero. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez ya que las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia dictando un laudo arbitral con carácter de cosa juzgada. Sin embargo, no obstante las similitudes, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las Partes. Cualquier controversia que nazca entre las Partes ligadas por una relación contractual se convierte en un inconveniente, y la dificultad se acrecienta cuando esas Partes tienen distinta nacionalidad, distintas costumbres e

idiomas, y se hallan separadas por la distancia física que torna engorrosa cualquier negociación posterior al conflicto. En prevención de ello, las Partes querrán convenir de antemano cual será la jurisdicción sobre la que recaerá la decisión del caso, y lógico es suponer que cada una de ellas intentará llevarlo a los Tribunales de su país, en los que se sentirá más cómodo para litigar, conociendo el idioma, las leyes de forma y fondo y la idiosincrasia de los jueces.

Es lógico suponer también que la Parte contraria resistirá esa pretensión, máxime cuando podrían existir inclusive sistemas jurídicos diferentes que acentúen la resistencia. No existiendo otros tribunales que los públicos de cada país, y siendo éstos notoriamente inadecuados para la resolución de las disputas nacidas de las transacciones comerciales internacionales, el arbitraje ha sido el medio más idóneo para ello, ya que además ofrece algunas ventajas en orden de celeridad, confidencialidad y economía de costos.

Es así como, el arbitraje ha resultado ser absolutamente necesario en el tráfico internacional, ya que resultaría difícil concebir un comercio dinámico sin esta fórmula alternativa para solución de las disputas. Con lo cual, el arbitraje es una de las respuestas más adecuadas a las complicaciones e imprevisibles derivaciones que surgen de cualquier negociación por simple que sea. Su importancia aumenta cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos países, regidos por leyes y sistemas jurídicos procesales diferentes, que provocan en el litigante una natural preocupación cuando debe someterse a tribunales extraños.

La creciente competencia en los Mercados mundiales y la intervención más activa de los gobiernos en las transacciones mercantiles internacionales exigen intensificar el uso de esta forma de entendimiento, capaz de ventilar cordialmente los agravios que se producen en la vida de los negocios. El arbitraje es un medio que acerca a los empresarios de los distintos orígenes, lenguas, costumbres y recursos. En si mismo, el arbitraje es un símbolo de la buena voluntad que debe reinar entre los contratantes. Es decir, de forma sencilla, el arbitraje es una alternativa procesal cuya legitimidad reside en la

voluntad libremente expresada de las partes que eligen un cauce procesal privado más sencillo, rápido y flexible.

Para ser válido, la Ley de Arbitraje exige que ambas partes pacten el arbitraje previa y libremente, y que se comprometan a acatar la decisión del árbitro.

2.3 CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

El flujo cada vez más intenso de nuestro comercio exterior, la creciente divulgación de las bondades del arbitraje en la esfera internacional, y el apoyo de nuestros tribunales a las convenciones de las que México es Parte, no dejaron de ser persuasivos en el ánimo de los contratantes y es por ello que deciden sujetarse a este mecanismo. Las ventajas del arbitraje con respecto al litigio judicial se pueden resumir refiriéndonos a:

En cuanto al procedimiento:

1. Al emplearse el arbitraje en controversias surgidas con motivo de negocios internacionales entre un Estado y uno o varios agentes económicos, coadyuva a despolitizar el arreglo y se mitiga la fricción entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

2. El arbitraje proporciona mayor rapidez en el desarrollo del procedimiento ya que la vía judicial es necesariamente lenta por su carácter excesivamente formalista y lento, así como la escasez de medios materiales y humanos.

3. Las partes tienen libertad las normas del procedimiento es decir, hay una gran flexibilidad, porque es posible estipular reglas adjetivas libres de rigorismos (el artículo 1435 del Código de Comercio lo permite).

4. Se guarda reserva de todas las cuestiones inherentes al trámite, lo que genera mayor discreción o confidencialidad.

5. El sometimiento a éste, significa reducir costas en litigio en comparación con los procesos ante Tribunales estatales.

6. Alivia la carga de trabajo de los Tribunales estatales.

En cuanto a la decisión del árbitro:

1. La decisión se emite imparcialmente ya que los árbitros son elegidos por las Partes y no impuestos como sucede con los jueces estatales.

2. El grado de especialización que han de tener los árbitros es mayor que el que pueden tener los jueces estatales, ya que los árbitros suelen ser peritos en la materia.

3. La eficiencia de la decisión emitida por el árbitro es mayor ya que las partes se comprometen de antemano a aceptar el laudo.

4. El laudo proporciona garantías de seguridad jurídica, ya que una vez firme tiene la misma eficacia y es ejecutable en los mismos términos que una sentencia judicial.

Entre las características que normalmente se le asignan al arbitraje y que de manera general mencionaremos tenemos a:

1. **Rapidez.**- En un arbitraje, la duración del procedimiento tiende a ser mucho más reducida que en los tribunales estatales. En los tribunales públicos se pueden tardar entre cuatro y diez años para resolver un conflicto comercial, mientras que a través del arbitraje se requieren máximo, seis meses. Los dos factores que dan lugar a ello son la mayor rigidez del proceso jurisdiccional y la extraordinaria carga de trabajo que pesa sobre los tribunales judiciales.

2. **Confidencialidad.**- Los asuntos son tratados con el máximo secreto profesional por parte de los árbitros.

3. **Especialización.**- El arbitro o árbitros son verdaderos profesionales, con prestigio y solvencia reconocida en diversos campos, de tal manera que pueden conocer el problema de una forma directa. Además, es posible elegir el árbitro que se va a ocupar del caso.

4. **Imparcialidad.**- Los conflictos van a ser estudiados y resueltos con total imparcialidad y neutralidad, como lo exige cualquier Tribunal.

5. **Economía.**- Los ahorros de tiempo, invariablemente, significan un ahorro en costos, con lo cual en el resultado final hay un balance favorable para el arbitraje; sin embargo, el costo del trámite depende del conflicto e incluye los gastos del despacho de abogados que actúe como árbitro. Los expertos dicen que es recomendable usar arbitraje comercial cuando se están negociando acuerdos superiores a 100 mil pesos.

6. **Obligatoriedad de la Decisión Final.**- La decisión final tomada por el Arbitro, denominada Laudo, es de obligado cumplimiento para las partes, e incluso los Tribunales de Justicia pueden obligar a este cumplimiento.

7. **Eficacia.**- En caso de incumplimiento, el laudo arbitral firme puede ser objeto de ejecución forzosa, al igual que una sentencia judicial firme, a través del proceso de homologación.

8. **Validez:** La decisión de los Árbitros se denomina laudo arbitral, y tiene los mismos efectos que una sentencia judicial.

9. **Internacionalidad del arbitraje.** Tratándose de litigios derivados de negocios internacionales, en la actualidad son muy pocos los contratos que no incorporan una cláusula arbitral. El procedimiento jurisdiccional internacional es particularmente lento y complejo. Si bien a nivel mundial se han registrado avances en materia de cooperación procesal entre Estados, es de esperarse que los actos procesales que inciden en dos sistemas jurisdiccionales estén supeditados a más trámites y exigencias.

10. **Inmediatez con el litigio.** Existe atención muy directa del tribunal (en este caso el tribunal arbitral) a la controversia. Un buen arbitraje es característico por la inmediatez de los árbitros con el litigio. La sobrecarga de expedientes que se ventilan ante los tribunales

jurisdiccionales hacen difícil cumplir con la inmediatez hacia el procedimiento.

11. **Flexibilidad procesal.** El procedimiento tiende a estar alejado del formalismo y la rigidez procesal. Cada tribunal arbitral tiene la posibilidad de conducir el procedimiento con las particularidades más apropiadas para cada controversia.

2.4 CLASES DE ARBITRAJE

El arbitraje no pretende reemplazar a los jueces ni mucho menos desmerecerlos, antes bien complementan el papel que desempeñan dentro de la sociedad. Dado el origen privado del arbitraje, es que las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso. Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos conforme al sistema donde vayan a insertarse. Para el objeto del presente estudio, resulta por demás indispensable señalar en este apartado las diversas clases de arbitraje que existen.

Si bien la clasificación es meramente doctrinaria, sirve para comprender cabalmente la institución, así como los diferentes conflictos que puede solucionar el arbitraje.²

- **Arbitraje Ad Hoc.** En el arbitraje ad hoc, o también denominado casuístico, las partes en conflicto someten la divergencia a la decisión de una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas para el caso concreto. Quienes pueden expresar si su deseo es adoptar algún modelo de arbitraje institucional. Una de sus ventajas es la flexibilidad, en el sentido de que este procedimiento arbitral se puede llevar a cabo como las partes estimen conveniente, evitando dilaciones y gastos innecesarios. Otra ventaja es la economía, representada en términos de tiempo y dinero, al no intervenir institución

²Revista de derecho privado. UNAM. El Arbitraje Comercial Internacional de Tipo Ad hoc y el Arbitraje pp. 51 – 69.

alguna ni derivarse, por tanto, gastos de administración. Por otra parte, para que tenga éxito el arbitraje ad hoc, se requiere la cooperación de las partes y de un árbitro con experiencia, además de una ley que rijan al arbitraje y pueda suplir las deficiencias del acuerdo arbitral, así como autoridades judiciales que entiendan y apoyen el arbitraje. Sus desventajas, son que en la redacción de la cláusula de arbitraje deben cuidar no dejar fuera de su ámbito posibles controversias que las partes deseen someter al arbitraje; además deberá contener los detalles del procedimiento. Otro factor de dificultad es el referente a los detalles procedimentales, como la recepción de documentos, las notificaciones, la designación del lugar, etc. La desventaja en este tipo de arbitraje está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Un punto importante es el referente a la ejecución y reconocimiento del laudo, en que tratándose de arbitraje ad hoc, los tribunales jurisdiccionales no tienen amplio reconocimiento, a diferencia de los laudos emitidos en arbitraje institucional.

- **Arbitraje Institucional.** En esta modalidad las partes someten la controversia a la decisión de una institución especializada nacional o internacional que organiza y asiste a la conducción del procedimiento arbitral, el cual se realiza de acuerdo con sus propias reglas. Se rige por un reglamento al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de "*arbitraje común*" u otras variantes como "*arbitraje acelerado*". Para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental. La intervención de una institución especializada en un arbitraje es indispensable para que exista una administración profesional del procedimiento, que brinde a las partes el apoyo, asesoría y la intermediación necesaria, y que ponga al servicio

de las partes reglas de arbitraje redactadas por expertos en la materia. Es importante destacar que los asuntos presentados en una institución no son resueltos por ésta, ni por sus órganos internos, como sería el Consejo General en el caso de CAM, sino por uno o tres árbitros que por escrito deben manifestar su independencia y cumplir con los requisitos que las partes hayan establecido en su compromiso arbitral. Por todo lo anterior, someterse a un arbitraje institucional es muy recomendable, siempre y cuando se elija a la institución arbitral cuidadosamente. Para elegir correctamente una institución arbitral deberá tomarse en cuenta:

1. El tipo de administración que ofrece. Existen algunas instituciones como en México el CAM, que conforme a sus reglas de arbitraje son verdaderos vigilantes del procedimiento, y otras que enfocan su función a la constitución del Tribunal Arbitral;
2. La autonomía de la Institución,
3. La permanencia que pueda ofrecer la institución,
4. Las personas que la integran, y por último
5. Los costos, mismos que deberán tomarse en cuenta como parte de los puntos anteriores y nunca de manera aislada lo que podría llevar a caer en manos de una institución inexperta.

- **Arbitraje Voluntario Y Forzoso.** El arbitraje voluntario, como dice su nombre emana de la voluntad de las partes, a diferencia del arbitraje forzoso, que proviene de la ley. Patricio Aylwin así lo define: "...el juicio arbitral que es impuesto imperativamente por la ley como el único procedimiento para resolver determinados litigios y por ser la ley su fuente inmediata".

- **Arbitraje De Derecho Y De Equidad.** El arbitraje en el cual las partes pueden concertar las normas que establezcan el criterio de valoración se denomina arbitraje jurídico o de derecho y de equidad, o amigable composición, cuando el árbitro sólo aporta soluciones o

propuestas de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, equivalente a reglas de caballerosidad y honor.³

2.5 TIPOS DE ARBITRAJE

Dentro del marco de la teoría general del arbitraje existen tres tipos de arbitrajes:

a) **Arbitraje público:** Un arbitraje será considerado público cuando las partes del mismo sean entes soberanos. Por ejemplo, el arbitraje de la Isla de la Pasión o Clipperton entre México y Francia, en 1909.

b) **Arbitraje privado:** Un arbitraje será considerado privado cuando las partes del mismo sean particulares. A manera de ejemplo, piénsese en un arbitraje entre dos sociedades mercantiles seguido de conformidad con las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional.

c) **Arbitraje mixto:** El arbitraje es mixto cuando se presenta entre Estados soberanos, por un lado, y entes privados o particulares, por el otro. Es aquí donde se ubica el arbitraje CIADI.

Este último procedimiento es el que nos importa a nosotros, pues tiene gran relevancia en el presente proyecto de tesis, ya que de las relaciones Estado – Particular, en asuntos comerciales se han originado conflictos de importancia para México, y por ello es necesario dar una vista rápida y exhaustiva al Arbitraje Internacional en materia comercial. Y que será materia de estudio en el siguiente capítulo.

³ Gozaíni Osvaldo Alfredo. Notas y Estudios sobre el Proceso Civil. Ed. UNAM. México.1994. p. 19

CAPÍTULO TERCERO

ARBITRAJE INTERNACIONAL

Las nuevas tendencias que vive la economía internacional están dinamizando e incrementando las relaciones comerciales y financieras a nivel global. Esta realidad exige del Derecho respuestas claras y ágiles para la solución de controversias económicas internacionales.

La creciente competencia de los mercados mundiales, los bloques comerciales globales y la globalización, son un marco variado de sistemas para lograr la apertura de mercados. Todos presentan analogías y discrepancias, ya sea entre particulares o estados. Con la finalidad de crear un sistema uniforme multilateral que permita resolver los conflictos de comerciantes e inversionistas en los mercados internacionales, y haciendo mención de que las partes contratantes en una operación comercial internacional no desean litigar una controversia en los tribunales de la parte contraria, por encontrarse en desventaja empezando quizás con el idioma, otras razones serían principalmente los criterios de los juzgadores de esa parte en conflicto y, otro de los aspectos que no debemos olvidar es que si una de las partes decidiera llevar un asunto en controversia a un tribunal de la parte contraria, este caso sería de audiencia pública.¹

Otra de las ventajas del arbitraje es que es de carácter privado, en el cual sólo van a conocer del asunto las partes en conflicto, pero cabe destacar que todos los esquemas en cuanto a tratados internacionales y convenciones, previenen la manera de cómo resolver los conflictos que se originen entre aquellas personas que intercambian bienes y servicios, a través de un compromiso existente en el mismo texto de la convención o tratado y, es aquí donde entra la figura del Arbitraje Internacional que es el mecanismo propuesto, aunque también se prevén mecanismos tendientes a evitar el enfrentamiento, tales como mediación o conciliación en las partes en conflicto, por eso podemos

¹ <http://www.bibliojuridica.org>

decir que el arbitraje es un medio propuesto alternativo para la solución de controversias internacionales de carácter comercial. De acuerdo a nuestra legislación mexicana estipulada en el Artículo 1416 del Código de Comercio, nos manifiesta lo siguiente: para que exista arbitraje, es necesario un acuerdo de arbitraje o sea, que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o, la forma de un acuerdo independiente. Esto significa que para que exista arbitraje, se necesita cumplir con lo referente al artículo antes indicado, ya sea que esta cláusula se encuentre textualmente inserta en el contrato, o que posteriormente manifiesten por escrito en un acuerdo independiente, el compromiso de someterse a arbitraje ambas partes y, esta cláusula constituye el punto de partida de este procedimiento. Así mismo lo es estipulando, la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, conocida como la Comisión De Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, que en nuestra legislación en materia de arbitraje, señalada en el Título Cuarto Capítulo V, del Código de Comercio, es una copia de la Ley de Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. Los árbitros por lo regular son juristas altamente calificados en la ciencia del derecho, por lo que para resolver aspectos técnicos ajenos a su especialidad necesitan el auxilio de especialistas, pero no necesariamente se necesita que él, o los árbitros sean exactamente juristas; puede ser cualquier especialista en cierta área de conocimiento, y el tribunal arbitral se integra por un número impar, por lo que pueden ser uno o tres árbitros y, éstos actuarán de manera imparcial hacia las partes en conflicto.

Es en éste ámbito donde el arbitraje cobra gran importancia y llega a convertirse en una necesidad de gran importancia para brindar la necesaria seguridad jurídica a inversores y a empresas que realizan actos de comercio exterior. El arbitraje es el método por excelencia de solucionar controversias surgidas a nivel internacional.

Tanto es así, que a nivel de Derecho Público los Estados solucionan sus controversias a través del arbitraje en el marco de la Corte de Justicia de la HAYA.² En el Derecho Privado los particulares de diferentes países y culturas pueden solucionar sus conflictos mediante el arbitraje internacional administrado por Organismos especialmente creados para el efecto.

Uno de estos organismos es la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), creada como una institución independiente en 1934 en el marco del sistema interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, funciona a través de capítulos nacionales establecidos en los diferentes países del hemisferio.

Donde no existen Secciones Nacionales o Representantes, la Comisión misma lleva a cabo las actividades que una Sección Nacional realizaría. Conjuntamente con las Secciones Nacionales la Comisión proporciona servicios a las partes que solicitan conciliación o arbitraje de acuerdo con su Reglamento.

Los arbitrajes son dirigidos por árbitros seleccionados especialmente por las partes o por la Comisión, entre personas altamente capacitadas para rendir un laudo sobre méritos de las controversias de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Las funciones de la Comisión pueden ser realizadas por los oficiales, personal o comités que la Comisión designe.

Para facilitar la tramitación de una causa, la Comisión, con la aprobación de las partes, delegará funciones a la Sección Nacional designada por las partes de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos. Las Secciones Nacionales están formadas por miembros de las comunidades legales y comerciales de cada uno de los países del Continente Americano.

Cada Sección Nacional mantiene una lista de árbitros seleccionados especialmente por su experiencia. Asimismo, la Comisión se dedica a actividades educativas para promover el conocimiento y uso de arbitraje comercial internacional. Adicionalmente, la Comisión presta sus buenos oficios

²<http://www.bibliojuridica.org>

para la conciliación o resolución, por otros medios, de malentendidos o controversias comerciales.

El Reglamento de procedimientos que aquí aparece, entró en vigor como Reglamento Oficial de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el 1º de enero de 1978, siendo este una versión modificada y vigente a partir del 1 de noviembre de 1996. Este Reglamento contiene las disposiciones sustantivas del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (elaborado por la Comisión sobre Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas y recomendado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976), y ha sido adaptado a las necesidades institucionales de la Comisión Internacional de Arbitraje Comercial.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) es una Institución reconocida mediante un Tratado Internacional, a través de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida como Convención de Panamá, suscrita en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, la misma que actualmente está en vigencia en la mayoría de países americanos. Dicha Convención señala específicamente en su artículo 3º lo siguiente: "en ausencia de un acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje será tramitado de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial".

La Cámara Nacional de Comercio se constituye en Sección Nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) en el año de 1988, año a partir del cual mantiene relaciones estrechas con las demás secciones nacionales de los diferentes estados siendo absolutamente competente y reconocida para administrar arbitrajes de carácter internacional. Siendo como es reconocido el arbitraje como medio efectivo para solucionar controversias internacionales requiere de ciertas medidas y disposiciones de consolidar sus condiciones de validez y obligatoriedad en el derecho interno de los Estados.

Debe reconocerse que en materia internacional deben aplicarse las normas internacionales que han sido reconocidas por los diferentes Estados y las principales Convenciones Internacionales que deberán aplicarse en el país, en materia de Arbitraje Comercial Internacional y que son las siguientes:

a) Convenio sobre "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958 y ratificado por Bolivia en fecha 12 de agosto de 1994, mediante Ley # 1588, de fecha 12 de agosto de 1994, cuyo instrumento de ratificación fue depositado ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 28 de abril de 1995.

b) Convenio sobre "Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965 y ratificado por Bolivia en fecha 12 de agosto de 1994, mediante Ley # 1593, habiéndose depositado su respectivo instrumento de ratificación ante el representante Residente del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF - BANCO MUNDIAL) el 9 de junio de 1997.

c) La Convención Interamericana sobre "Arbitraje Comercial Internacional", aprobada durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en Panamá el 30 de enero de 1975.

d) Convención Interamericana sobre "Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros", aprobada durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en la ciudad de Montevideo el 8 de mayo de 1979.

La aprobación de éstas Convenciones hará posible la plena ejecución de las sentencias y los laudos que dicten los Tribunales Arbitrales dando mayor seguridad jurídica a los inversionistas en sus relaciones comerciales con empresas y personas extranjeras. Asimismo brinda la necesaria seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros interesados en México o cualquier otro, asegurándoles la posibilidad de ejecutar efectivamente en nuestro país, fallos judiciales y laudos arbitrales emitidos en el exterior.

3.1 ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Es un Medio alternativo de solución de controversias, por medio del cual un tercero designado por las partes, ajeno al problema (árbitro), resuelve un conflicto de comercio exterior. El arbitraje internacional es procesalmente casi idéntico al arbitraje nacional con algunas especialidades, notablemente que las partes pueden y debieran elegir la ley aplicable al fondo de la posible controversia. Previo al procedimiento arbitral, será necesario en todos los casos, agotar la etapa de Conciliación.

En el ámbito internacional, las contrataciones se vuelven paulatinamente más complejas, de tal manera que al originarse una controversia, muchas veces se requiere sea analizado por especialistas en la materia de que se trate. En atención a la importancia de las transacciones comerciales, se recomienda celebrar contratos internacionales por escrito, incluyendo en los mismos una cláusula compromisoria que prevea la solución de controversias que se deriven o se relacionen con el contrato.

En consecuencia, el atractivo del arbitraje comercial internacional es un reflejo de las dificultades del litigio. El proceso si es aplicado apropiadamente permite a las partes un máximo de autonomía, mínima intrusión de parte de los juzgados, y con respecto al arbitraje internacional, reconocimiento y apoyo al laudo final por parte de la Convención de Nueva York. Antes de pactar nuestra cláusula de arbitraje internacional, sugerimos que se cerciore que el Estado en el que se ubique la empresa con la que firme un contrato haya ratificado la Convención de Nueva York Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Dicha ratificación, es su garantía que el laudo será ejecutable en dicho Estado.

3.2 CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL:

El Arbitraje, en materia comercial se clasifica en cuatro tipos:

- Arbitraje ad hoc
- Arbitraje institucional
- Arbitraje absoluto
- Arbitraje relativo

a) Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional

El arbitraje ad hoc, se presenta cuando las partes en conflicto someten la divergencia a la decisión de una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas para el caso concreto; y el arbitraje institucional cuando las partes someten la controversia a la decisión de una institución especializada nacional o internacional que organiza y asiste a la conducción del procedimiento arbitral, el cual se realiza de acuerdo con sus propias reglas.

Y algunas de las principales entidades internacionales que prestan el servicio de arbitraje comercial son:

- Asociación Americana de Arbitraje (AAA).
- Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París.
- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).
- La Corte Internacional de Arbitraje de Londres
- CIADI (Washington 1965)
- El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL

b) Arbitraje Absoluto y Arbitraje Relativo

El arbitraje absoluto se rige solamente por el derecho mercantil internacional (Lex Mercatoria Internacional). Y el arbitraje relativo es el que está ligado en mayor o menor medida a una ley nacional.

3.3 CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Enfocada su esencia y naturaleza jurídica en la anterior forma, el arbitraje presenta las siguientes ventajas:

1. Es simple e informal por esencia, frente a los procedimientos judiciales caracterizados por su lentitud y formalismo.
2. Cumple la finalidad de "desjudicializar" la administración de justicia, mediante alternativas de soluciones rápidas, económicas y con las mismas garantías de imparcialidad y seguridad que los tribunales ordinarios.
3. Sirve de eficaz estímulo para que el Estado preste mayor atención al funcionamiento del aparato judicial, en orden a mejorar su eficiencia, su autoridad moral y su compromiso con la justicia.
4. Ofrece privacidad para las partes, ya que no implica el cumplimiento de requisitos de publicidad propios de los procesos judiciales.
5. Permite a las partes escoger cierta forma de sus propios "jueces", bajo criterios de fiabilidad e idoneidad profesional y humana, en contraposición al esquema de obligatoriedad de la esfera judicial.
6. Establece una garantía de continuidad y celeridad en la solución de controversias, ya que el árbitro se entiende normalmente con un sólo caso, de principio a fin.

7. Establece procedimientos más flexibles y adaptables con referencia a los consagrados en la esfera judicial, que permiten mayor eficiencia, celeridad y adecuación a los casos concretos.

Guardando las especificaciones del caso, gran parte de lo referido con relación al arbitraje es también aplicable a los otros medios o métodos de solución alternativa de controversias. Puede decirse, que el arbitraje y la conciliación, forman parte de una propuesta normativa integral.

Los puntos de tensión en el arbitraje comercial internacional se manifiestan en:

- Sobre las formalidades de redacción de la cláusula arbitral (es decir, en mencionar los diferentes reglamentos aplicables).
- Sobre la materia arbitrable.
- Sobre la constitucionalidad del arbitraje.
- El Estado y el arbitraje.
- Sobre el cumplimiento de sentencias arbitrales extranjeras.
- Sobre el cumplimiento de medidas conservativas y cautelares.

La solución de controversias en las diferentes áreas de integración:

- Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).
- Mercado Común Centroamericano
- Comunidad Andina
- MERCOSUR
- ALADI (Acuerdo Latinoamericano de Desarrollo Integral)

Los desafíos futuros:

- Arbitraje apoyado por medios tecnológicos
- Agilización del cumplimiento de sentencias arbitrales extranjeras y de la aplicación de las medidas cautelares
- Aplicación masiva de las leyes - modelo de arbitraje

3.4 MECANISMOS DE ACCESIÓN AL ARBITRAJE

Al arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria a través de cláusulas mediante las cuales las Partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria. Estas formas de someterse al Arbitraje Comercial son: La Cláusula Compromisoria, Modelo de Cláusula Compromisoria y mediante un Acuerdo Independiente.

3.4.1 Cláusula Compromisoria:

Es la estipulación o pacto en virtud del cual las partes que celebran un contrato se obligan expresamente y por escrito a someter las diferencias que por razón del contrato puedan surgir, a la decisión de árbitros expertos en materia de comercio internacional.

3.4.2 Modelo de cláusula compromisoria:

"Cualquier controversia que se derive de este contrato, o que guarde relación con el mismo será resuelta definitivamente por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex), auspiciada por el Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., a través de la conciliación o el arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). El lugar del arbitraje será la Ciudad de México, D.F., México, y el idioma que se utilizará en el procedimiento será el español".

3.4.3 Mediante acuerdo independiente:

Una vez que se presenta la controversia, las partes pactan someterse al arbitraje a través de un acuerdo independiente.

3.5 PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MÉXICO

Si bien es cierto que el arbitraje es producto del consentimiento de las partes, que optan por recurrir al arbitraje en lugar de ir al poder judicial, sin embargo pueden pactar las normas por las que transcurrirá el proceso, ya sea en forma directa mediante reglas a las que deben ceñirse los árbitros, o en forma indirecta en que las reglas del procedimiento las emite la institución arbitral a las que las Partes se someten, también las Partes pueden encomendar a los propios árbitros elaborar las reglas el procedimiento.³

La caracteriza su mayor flexibilidad e informalidad, sin imponerse pautas rígidas a los árbitros en que estos deben actuar con cierta libertad, sin la rigidez de un proceso judicial, manteniendo la igualdad entre las partes, posibilidad de ser escuchados y derecho a una solución verdaderamente justa. En principio, las partes cuentan con completa autonomía para definir el procedimiento que va a seguir el tribunal arbitral, sujeto a las disposiciones del Código de Comercio en arbitraje comercial.

La autonomía de las partes para definir reglas procesales, incluye la facultad de autorizar a un tercero, incluyendo una institución, en la decisión de la controversia.

3.5.1 REGULACIÓN JURIDICA DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

La regulación jurídica del arbitraje como del arbitraje en materia comercial internacional vigente en México se encuentra en diversos instrumentos jurídicos, tanto nacionales como internacionales.

³ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>

Se considera que son tres las fuentes básicas del Derecho del arbitraje en México⁴:

1. Las referentes al Derecho convencional internacional.
2. Las referentes al derecho interno legislado:
 - i. Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.
 - ii. Ley Federal de Protección al Consumidor.
 - iii. Ley de Instituciones de Crédito.
 - iv. Ley del Mercado de Valores.
 - v. Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
 - vi. Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
 - vii. Ley Federal de Derechos de Autor.
 - viii. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.
 - ix. Ley Federal del Trabajo.
 - x. Código de procedimientos civiles del Estado de Nuevo León.
 - xi. Proyecto de reformas al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua.
3. Las referentes al ius mercatorum, en especial las reglas de procedimiento implementadas por organismos diversos a los tradicionales órganos legislativos de los Estados, así como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

3.5.2 LIMITACIONES SOBRE EL TIPO DE CONTROVERSIAS QUE PUEDEN RECURRIRSE MEDIANTE ARBITRAJE.

Aunque el Código de Comercio establece que el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales puede ser denegado, inter alia, cuando la litis no

⁴ Silva . Jorge Alberto Arbitraje Comercial Internacional en México. Ed. Pereznieta Editores. México.1994. p.23

es materia sujeta al arbitraje de conformidad con la legislación mexicana⁵, el Código de Comercio no contiene disposiciones específicas con relación a las limitaciones sobre las controversias que pueden estar sujetas al arbitraje. Sin embargo ciertas limitaciones se contemplan en otra legislación.

Como regla general se puede dirimir cualquier controversia privada en arbitraje siempre que la ley no estipule lo contrario. La ley generalmente prohíbe ciertos asuntos de ser sujetos a arbitraje cuando el Estado o la sociedad tienen un interés directo (interés público) o cuando se vea afectado un tercero⁶, a menos que exista autorización expresa para hacerlo.

El Código de Procedimientos Civiles Federal, señala que los siguientes asuntos no podrán ser sujetos a arbitraje⁷:

- Derecho a pensión alimenticia.
- Divorcios (excepto en aspectos monetarios).
- Nulidad de matrimonio.
- Los que se refieren al estado civil excepto los derechos pecuniarios por filiación.
- Los demás que específicamente prohíba la ley.

3.5.3 EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES ANTES O DURANTE EL PROCESO DEL ARBITRAJE

Como regla general, los asuntos que se rijan por arbitraje comercial no requieren de intervención judicial, salvo disposición en contrario⁸. Está por demás señalar que los tribunales intervienen únicamente cuando procede la petición de nulificar un laudo, o cuando se solicite la ejecución de un laudo. Sin embargo, un juez puede participar durante un procedimiento, a petición de

⁵ Artículo 1462 del Código de Comercio.

⁶ Artículo 6 del Código Civil federal.

⁷ Artículo 615 Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁸ Artículo 1421 Código de Comercio.

parte, cuando se soliciten la adopción de medidas cautelares provisionales y será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje⁹. Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales¹⁰, es decir, antes de que se emita un laudo arbitral.

3.5.4 CASOS EN QUE LOS TRIBUNALES LOCALES PUEDEN DESECHAR O NEGARSE A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Los casos en que los tribunales locales pueden negarse a la ejecución o reconocimiento del laudo arbitral son los mismos casos para anulación del laudo: falta de capacidad de una de las partes, cuando una de las partes no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de sus actuaciones, cuando a una de las partes no se le permitió hacer valer sus derechos, cuando el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o excede de los términos del arbitraje, siempre que dichas circunstancias no puedan separarse del resto del laudo, cuando la composición del tribunal no se ajustó a lo convenido o a lo dispuesto por la ley del país del arbitraje, cuando el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o su reconocimiento y ejecución es contrario al orden público y cuando el laudo no sea aun obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo¹¹.

⁹ Artículo 1425 Código de Comercio.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Artículo 1462 del Código de Comercio.

3.5.5 REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL PARA PARTICIPAR EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL YA SEA COMO ÁRBITRO O COMO REPRESENTANTE DE UNA PARTE.

La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro¹². Solamente los abogados (nacionales o extranjeros) que tengan licencia para ejercer en México tienen derecho a representación. Sin embargo, no hay limitaciones para prevenir que abogados extranjeros otorguen consultoría jurídica cuando cuenten con licencia para ejercer, únicamente durante el procedimiento arbitral, no así frente a tribunales nacionales (por ejemplo para solicitar la ejecución de un laudo o su nulidad ante tribunales nacionales). Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción a uno de los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral¹³.

El Código de Comercio de nuestro país, señala que las partes tendrán libertad para convenir en el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus acciones, e inclusive a falta de dicho convenio, será el tribunal quien determine el procedimiento al que se sujetará¹⁴.

3.5.6 REGLAS SUSTANTIVAS PARA QUE LOS ÁRBITROS RESUELVAN EL FONDO DE LA CONTROVERSIA, ASÍ COMO REGLAS SOBRE EL CONTENIDO DEL LAUDO.

El Código de Comercio de México, establece que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las

¹² Artículo 1427 fracción I del Código de Comercio.

¹³ Artículo 1438 del Código de Comercio.

¹⁴ Artículo 1435 del Código de Comercio.

partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinara el derecho aplicable¹⁵.

3.5.7 PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y DEL LAUDO ARBITRAL.

La confidencialidad en los procedimientos arbitrales es protegida por las reglas generales sobre confidencialidad comprendidas en la legislación penal mexicana.

3.5.8 PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral deberá ser presentado en original o copia certificada, así como el original del acuerdo arbitral o copia certificada del mismo, ambos en español o con traducción hecha por perito oficial, junto con una petición por escrito al juez, para que el laudo sea ejecutado¹⁶.

3.5.9 INSTITUCIONES MEXICANAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL.

Las instituciones más importantes encargadas de la administración y promoción del arbitraje comercial en México son:

1. La sección mexicana de la Cámara Internacional de Comercio;

¹⁵ Artículo 1445 del Código de Comercio.

¹⁶ Artículo 1461 del Código de Comercio.

2. Cámara de Comercio de la Ciudad de México;
3. Centro de Arbitraje de México (CAMEX),
4. La Comisión para la protección del Comercio Exterior (COMPROMEX-BANCOMEXT) y
5. El Centro de Arbitraje de México (CAM).
6. Por parte del sector académico están el Centro Legal de Comercio Interamericano (ITESM) y
7. El Centro Legal de Estudios Comerciales Internacionales (Universidad Panamericana).

3.5.10 REGLAS DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO.

Los procedimientos arbitrales dentro de nuestro país están regidos por las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México. Estas Reglas prevén:

- La presentación de la demanda arbitral y la contestación por las partes;
- La constitución del tribunal arbitral;
- Los efectos del acuerdo de arbitraje;
- El depósito para cubrir los gastos del arbitraje;
- La misión del árbitro y la instrucción de la causa;
- El pronunciamiento y notificación del laudo; y
- El carácter definitivo y ejecutorio del laudo.

3.5.10.1 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO.

1) Promociones escritas.

Las partes deberán presentar directamente o por cualquier medio de telecomunicación sus promociones, sin perjuicio de su ratificación por correo.

En todo caso, acompañarán el número de copias de sus promociones escritas, incluyendo los documentos que a ellas se acompañen, necesarias para entregar a cada Parte, a cada árbitro y al Secretario General. El Tribunal Arbitral deberá enviar al Secretario General una copia de todas las comunicaciones que tenga con las partes.

2) Notificaciones.

A). Salvo pacto en contrario, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se obtenga después de una indagación razonable la ubicación de alguno de esos lugares se considerará recibida toda comunicación escrita enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario, por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.

B). La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

3) Plazos.

Los plazos que fijen estas Reglas o el Secretario General comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es feriado oficial o no laborable en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, dicho plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días feriados oficiales o no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

4) Demanda de arbitraje.

I.- La Parte que recurra al arbitraje de conformidad con estas Reglas deberá presentar su demanda al Secretario General. El Secretario General comunicará a las Partes Actora y Demandada que ha recibido la demanda, así como la fecha de su recepción.

II.- La fecha de recepción de la demanda por el Secretario General será, para todos los efectos legales a que haya lugar, la fecha de inicio del procedimiento arbitral.

III.- La demanda deberá contener, al menos, lo siguiente:

1. El nombre completo y el domicilio de las partes;
2. La exposición de los hechos y de los actos o hechos jurídicos que constituyan los antecedentes de las pretensiones de la Actora;
3. Las pretensiones de la Actora incluyendo, en la medida de lo posible, la indicación de la suma reclamada;
4. Las observaciones de la Actora en relación con el número de árbitros en los términos de los artículos 14 y 15 y, en su caso, la designación de uno de conformidad con dichos preceptos; y
5. Su propuesta en relación con el lugar del arbitraje, el derecho aplicable y el idioma del arbitraje.

IV.-A la demanda deberá anexarse el acuerdo de arbitraje y el contrato o documento base de la acción.

V. La Actora deberá pagar el anticipo a que se refiere el artículo 37.

5) **Acumulación de procedimientos.**¹⁷

I.- Cuando se presente un asunto que guarde conexidad con otro que se encuentre pendiente de resolución ante el CAM, las partes pueden solicitar al Secretario General la acumulación, siempre que en ninguno de ellos haya sido firmada por las partes o aprobada por el Consejo General el Acta de Misión.

¹⁷ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>

II.- Cuando alguna de las partes sea diversa, sólo podrá acumularse con el consentimiento de todos los interesados, siempre que en ninguno de los asuntos las partes hayan firmado o el Consejo General haya aprobado el Acta de Misión.

III.- Una vez firmada o aprobada el Acta de Misión en cualquiera de los dos asuntos, sólo podrá el Tribunal Arbitral del primero de los asuntos presentados decretar la acumulación, siempre que lo solicite alguna de las partes y todas las demás estén de acuerdo.

6) Notificación de la demanda de arbitraje.

Una vez recibidos los ejemplares a que se refiere el artículo 3 y el pago a que se refiere el artículo 6.5, el Secretario General notificará la demanda a la Demandada.

7) Contestación a la demanda de arbitraje.

1. En un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la demanda notificada por el Secretario General, la Demandada deberá presentar su contestación, la cual deberá contener, al menos, lo siguiente:

- a) El nombre completo y domicilio de la Demandada;
- b) Sus observaciones respecto de los hechos y de los actos o hechos jurídicos que constituyan los antecedentes de las pretensiones de la Actora;
- c) Sus observaciones sobre el número de árbitros y la propuesta de la Actora en los términos de los artículos 14 y 15 y, en su caso, la designación de uno de conformidad con dichos preceptos; y
- d) Sus observaciones en relación con el lugar del arbitraje, el derecho aplicable y el idioma del arbitraje.

2. La Demandada observará lo dispuesto por el artículo 3 en relación con el número de ejemplares de la contestación.

3. En su contestación, la Demandada podrá reconvenir a la Actora. La reconvencción deberá contener los mismos requisitos de la demanda, y deberá

ser contestada por la Actora dentro del plazo de 15 días contados a partir de la recepción por ella de la reconvención.

8) Notificación de la contestación a la demanda de arbitraje.

El Secretario General comunicará la contestación a la Actora.

9) Autonomía del acuerdo de arbitraje.

La posible nulidad o inexistencia del contrato o convenio no implica la incompetencia del Tribunal Arbitral si éste admite la validez del acuerdo de arbitraje. El Tribunal Arbitral continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.

10) Efectos del acuerdo de arbitraje.

I.- Cuando las partes pactan recurrir al arbitraje del CAM, se someten por ese solo hecho a las disposiciones de las presentes Reglas.

II.- Si alguna de las partes se niega o se abstiene de participar en el procedimiento arbitral, éste se llevará a cabo a pesar de dicha negativa o abstención.

III.- Si la Demandada no presenta una contestación en los términos del artículo 9 o si alguna de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, el Consejo General podrá decidir que el arbitraje debe proceder, siempre y cuando considere que, prima facie, existe un acuerdo arbitral que se refiere a las Reglas de Arbitraje del CAM. La decisión del Consejo General no prejuzga sobre la admisibilidad ni sobre el fundamento de estas excepciones, correspondiendo al Tribunal Arbitral decidir sobre su propia competencia.

IV.- Si la Demandada no presenta una contestación en los términos del artículo 9 o si alguna de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje y el Consejo General no considera que, prima facie, exista un acuerdo arbitral que se refiera a las Reglas de Arbitraje del CAM, el Secretario General notificará a las partes que el arbitraje no procede. En este caso, las partes conservan el derecho de

solicitar a un juez competente que decida si existe un acuerdo de arbitraje que las vincule.

11) **Disposiciones Generales.**

I.- Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes.

II.- Antes de su nombramiento o de su confirmación por el Consejo General o el Secretario General, la persona propuesta como árbitro firmará una declaración de independencia y comunicará por escrito al Secretario General cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia ante las partes. El Secretario General notificará dicha información a las partes, otorgándoles un plazo de 5 días para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

III.- Los árbitros comunicarán inmediatamente por escrito al Secretario General y a las partes, cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia ante las partes, que surja durante el procedimiento arbitral.

IV.- Las decisiones del Consejo General o del Secretario General sobre el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de árbitros serán definitivas. Los motivos de dichas decisiones no serán comunicados a las partes ni a los árbitros.

V.- Las personas que acepten ser designadas como árbitros para asuntos arbitrales ante el CAM, se obligan a acatar con estas Reglas hasta el cabal cumplimiento de sus funciones.

VI.- Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral será constituido de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14 y 15.

12) **Número y nombramiento de árbitros.**¹⁸

1. Las controversias sometidas al CAM podrán ser resueltas por un árbitro único o por tres árbitros.

¹⁸<http://www.arbitrajecanaco.com.mx>

2. Si las partes no han convenido el número de árbitros, la controversia será sometida a un árbitro único.

3. Cuando la controversia deba someterse a un árbitro único:

a) Las partes pueden designarlo de común acuerdo; o

b) Si las partes no designan de común acuerdo al árbitro único en un plazo de 30 días contados a partir de la recepción por la Demandada de la demanda notificada por el Secretario General, el árbitro único será nombrado por el Consejo General.

4. Cuando las partes hayan convenido que la controversia se someta a tres árbitros:

a.) cada una de ellas deberá designar uno, respectivamente, en la demanda y en la contestación;

b.) si alguna de las partes no realiza la designación a que se refiere el inciso anterior, el nombramiento del árbitro correspondiente será hecho por el Consejo General;

c.) salvo pacto en contrario, el tercer árbitro será nombrado por el Consejo General. Si el tercer árbitro no es designado de conformidad con el procedimiento elegido por las partes en el plazo acordado por ellas u otorgado por el Secretario General, el mismo será nombrado por el Consejo General;

d.) si el tercer árbitro es nombrado de conformidad con el procedimiento elegido por las partes, corresponde al Secretario General confirmar dicha designación; y

e.) el tercer árbitro asumirá la presidencia del Tribunal Arbitral.

13) **Confirmación de árbitros.**

1. El Secretario General estará facultado para confirmar a los miembros del Tribunal Arbitral designados por las partes o de conformidad con el procedimiento pactado por ellas, siempre y cuando el árbitro de que se trate presente una declaración de independencia que no dé lugar a objeciones.

2. Si, en el ejercicio de la atribución que le confiere el párrafo anterior, el Secretario General estima que algún miembro del Tribunal Arbitral no debe ser confirmado, someterá el asunto a la decisión del Consejo General.

14) Multiplicidad de partes.

1. Cuando en el procedimiento arbitral intervengan varias personas, ya sea como Partes Actoras o Demandadas, y la controversia deba someterse a tres árbitros, las Partes Actoras, conjuntamente, y las Partes Demandadas, conjuntamente, designarán un árbitro para su confirmación por el Secretario General.

2. Si la designación conjunta a que se refiere el párrafo anterior no es posible y las partes no estipulan un procedimiento para la constitución del Tribunal Arbitral, el Consejo General nombrará a los tres miembros del Tribunal Arbitral, designando a uno de ellos para fungir como presidente.

15) Recusación de árbitros.

1. El escrito de recusación de un árbitro fundado en su falta de independencia o en cualquier otro motivo, se presentará ante el Secretario General. Dicho escrito deberá precisar los hechos y circunstancias que motivan la recusación.

2. Sólo será admisible el escrito de recusación presentado:

a.) dentro de los 10 días siguientes de aquél en que el Secretario General notificó a la Parte que la intenta, el nombramiento o confirmación del árbitro respectivo; o

b.) siempre que esta fecha sea posterior a la establecida por el inciso anterior, dentro de los 10 días siguientes de aquél en que tuvo conocimiento de los hechos y circunstancias que motivan la recusación.

3. Recibido el escrito de recusación, el Secretario General otorgará un plazo prudente a las partes para que aleguen y prueben lo que a su derecho convenga. Una vez concluido dicho plazo, el Secretario General turnará el asunto al Consejo General para que a la brevedad posible lo resuelva.

16) **Sustitución de árbitros.**

1. Ha lugar a sustituir a un árbitro:

a.) en caso de fallecimiento;

b.) cuando el Consejo General acepte su renuncia;

c.) cuando el Consejo General determine que procede su recusación;

d.) a petición de la Actora y de la Demandada; y

e.) cuando el Consejo General determine que por cualquier causa no cumple o no puede cumplir con sus funciones de acuerdo con estas Reglas.

2. El Consejo General resolverá sobre la aplicación del inciso (e) del párrafo anterior una vez que el Secretario General haya comunicado la información relevante por escrito al árbitro en cuestión, a las partes y a los otros miembros del Tribunal Arbitral, otorgándoles la oportunidad de remitir sus observaciones por escrito dentro de un plazo razonable.

En caso de sustitución, el Consejo General no está obligado a seguir el mismo procedimiento empleado para nombrar al árbitro de que se trate. Una vez reconstituido y después de escuchar a las partes, el Tribunal Arbitral determinará si, y en qué medida, deben repetirse las actuaciones anteriores.

17) **Envío del expediente al Tribunal Arbitral.**

Una vez constituido el Tribunal Arbitral, el Secretario General le enviará el expediente del asunto, a condición de que haya sido cubierto el depósito para cubrir los gastos del arbitraje solicitado en esta etapa del procedimiento, de conformidad con el artículo 38.

18) **Lugar del arbitraje.**

1.- El Secretario General fijará la sede del arbitraje a menos que las partes la hayan convenido.

2.- Previa consulta de las partes, y salvo acuerdo en contrario de las mismas, el Tribunal Arbitral podrá celebrar reuniones y audiencias en cualquier lugar.

3.- Las deliberaciones del Tribunal Arbitral podrán llevarse a cabo en el lugar o en la forma que éste determine.

19) Reglas aplicables al procedimiento.

1.-El procedimiento arbitral se regirá por las presentes Reglas y, en lo que ellas fueren omisas, por las reglas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral, determinen.

2.- Independientemente de lo anterior, y en todo caso, el Tribunal Arbitral deberá actuar de manera imparcial, otorgando a las partes una oportunidad razonable de presentar sus argumentos.¹⁹

20) Idioma del arbitraje.

1.-El procedimiento arbitral se llevará a cabo en el idioma pactado por las partes.

2.- A falta de pacto entre las partes, corresponderá al Tribunal Arbitral determinar el idioma del arbitraje, tomando en consideración las circunstancias del caso y, en particular, el idioma del contrato. Hasta en tanto el Tribunal Arbitral no haya determinado el idioma, las partes podrán presentar sus escritos en el idioma de su elección, acompañando una traducción al español o al inglés.

21) Derecho aplicable.

1.- Las partes pueden elegir libremente el derecho que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de litigio. A falta de elección, el Tribunal Arbitral aplicará las reglas de derecho que juzgue apropiadas.

2.- En cualquier caso, el Tribunal Arbitral tomará en consideración las estipulaciones del contrato y los usos del comercio.

3.- El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor cuando las partes así lo determinen expresamente.

¹⁹ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>

22) Acta de Misión.

1.- Inmediatamente después de recibir el expediente, el Tribunal Arbitral deberá redactar, sobre la base de las promociones escritas de las partes, un acta que precise su misión. El Acta de Misión deberá contener:

- a) el nombre completo de las partes;
- b) el domicilio de las partes para efectos de notificaciones durante el arbitraje;
- c) una exposición sucinta de las pretensiones de las partes incluyendo, en la medida de lo posible, la indicación de la suma reclamada;
- d) una lista de los puntos litigiosos a resolver;
- e) el nombre completo y domicilio de los árbitros;
- f) el lugar del arbitraje; y
- g) la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y, en su caso, mención de los poderes de amigable componedor del árbitro.

2.- Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del expediente, el Tribunal Arbitral deberá remitir al Secretario General el Acta de Misión firmada por las partes y por el Tribunal Arbitral. El Secretario General podrá prorrogar dicho plazo si lo estima necesario o a solicitud motivada del Tribunal Arbitral.

3.- Si una de las partes no firma el Acta de Misión, el Tribunal Arbitral la someterá al Consejo General para su aprobación. El procedimiento arbitral podrá continuar si el Consejo General aprueba el Acta de Misión.

4.- Una vez firmada o aprobada el Acta de Misión y previa consulta de las partes, el Tribunal Arbitral deberá preparar un calendario procesal provisional que notificará a las partes y al Secretario General. Cualquier modificación ulterior de dicho calendario procesal deberá notificarse al Secretario General y a las partes.

23) Nuevas reclamaciones.

1.- Una vez firmada o aprobada el Acta de Misión, las partes sólo podrán presentar reclamaciones no previstas en dicha Acta, con la autorización del Tribunal Arbitral.

2.- El Tribunal Arbitral, para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo anterior, deberá tomar en consideración la naturaleza de las nuevas reclamaciones, la etapa procesal en que fueron presentadas y otras circunstancias relevantes.

24) Instrucción de la causa.

1.- El Tribunal Arbitral deberá instruir la causa con la mayor celeridad posible y por cualquier medio que considere apropiado.

2.- El árbitro podrá fallar con base en las promociones escritas y a los documentos presentados por las partes, a menos que alguna de ellas solicite la celebración de una audiencia.

25) Representación de las partes.

Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. El Tribunal Arbitral tendrá por representantes de las partes a aquellas personas nombradas por ellas mediante escrito presentado al Secretario General o al Tribunal Arbitral según sea el caso.

26) Audiencias.

1.- Cuando deba celebrarse una audiencia, el Tribunal Arbitral citará a las partes indicando el lugar, día y hora en que deberán comparecer ante él, debiendo informar de ello al Secretario General.

2.- Si, a pesar de haber sido debidamente convocada, una de las partes se abstiene injustificadamente de comparecer, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de proceder a la celebración de la audiencia.

3.- El Tribunal Arbitral presidirá el desarrollo de la audiencia, a la cual no podrán acudir personas ajenas al procedimiento sin el consentimiento de las partes y del Tribunal Arbitral.

27) Cierre de la instrucción.

1.- El Tribunal Arbitral declarará cerrada la instrucción una vez que las partes hayan tenido una oportunidad razonable de presentar sus pruebas y argumentos. Hecha esta declaración las partes no podrán presentar pruebas adicionales ni alegar, a menos que el Tribunal Arbitral lo solicite o autorice expresamente.

2.- Hecha la declaración del punto anterior, el Tribunal Arbitral comunicará al Secretario General la fecha probable de envío del laudo final. Cualquier prórroga será excepcional y deberá ser notificada por el Tribunal Arbitral al Secretario General.

28) Providencias precautorias.

1.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá ordenar cualquier providencia precautoria que estime apropiada siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que el Tribunal Arbitral haya recibido el expediente;
- b) que medie petición de Parte; y
- c) que la Parte que solicite la adopción de dichas providencias otorgue la garantía que, en su caso, fije el Tribunal Arbitral.

2.- El Tribunal Arbitral podrá ordenar las providencias precautorias solicitadas ya sea mediante un mandamiento procesal o mediante un laudo.

3.- Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y, excepcionalmente, después, solicitar al juez competente la adopción de providencias precautorias. Dicha solicitud, así como las providencias adoptadas por la autoridad judicial, deberán ser notificadas sin dilación al Secretario General, quien las comunicará al Tribunal Arbitral.

29) Plazo para rendir el laudo.

1.- El Tribunal Arbitral deberá rendir el laudo en un plazo de cuatro meses contados a partir de la fecha de la última firma del Acta de Misión o, en el caso a que se refiere el artículo 24 punto 3, a partir de la fecha en que el

Secretario General notifique al Tribunal Arbitral la aprobación del Acta de Misión por el Consejo General.

2.- El Secretario General podrá prorrogar dicho plazo si lo estima necesario o a solicitud motivada del Tribunal Arbitral.

30) Pronunciamiento del laudo.

1.- El laudo se pronuncia por mayoría cuando el Tribunal Arbitral está integrado por tres árbitros. Si no existe mayoría, el presidente del Tribunal Arbitral rendirá el laudo solo.

2.- El laudo arbitral estará motivado.

3.- El laudo arbitral se considera pronunciado en el lugar del arbitraje en la fecha que ostente.

31) Acuerdo de las partes.

Si las partes llegan a un acuerdo después de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral, dicho acuerdo podrá elevarse a la categoría de laudo arbitral si las partes así lo solicitan.

32) Examen previo del laudo.

1.- Salvo pacto en contrario de las partes, antes de firmar cualquier laudo, el Tribunal Arbitral debe someter el proyecto al Consejo General. El Consejo General podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, llamar su atención sobre puntos que interesen el fondo de litigio.

2.- Salvo pacto en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral se abstendrá de firmar un laudo arbitral que no haya sido aprobado en cuanto a la forma por el Consejo General.

33) Notificación, depósito y carácter definitivo del laudo.

1.- El Secretario General notificará a las partes el laudo firmado por el Tribunal Arbitral siempre que haya sido pagado en su totalidad el depósito para gastos del arbitraje.

2.- El Secretario General podrá expedir copias certificadas del laudo exclusivamente a las partes o sus representantes.

3.- Hecha la notificación a que se refiere el párrafo 1 de este artículo, las partes renuncian a cualquier otra notificación o depósito que deba hacer el Tribunal Arbitral.

4.- El Secretario General conservará un ejemplar original de cada laudo dictado.

5.- Todo laudo arbitral será obligatorio para las partes. Por el sometimiento de su controversia a las Reglas de Arbitraje del CAM, las partes están obligadas a cumplir sin demora el laudo dictado, renunciando expresamente al recurso de apelación o cualquier otro recurso equivalente.

34) Corrección e interpretación del laudo.

1.- El Tribunal Arbitral podrá, de oficio, corregir en el laudo cualquier error de forma, cómputo o de naturaleza análoga, siempre y cuando la corrección sea sometida a la aprobación del Consejo General dentro de los 15 días siguientes al de la fecha de dicho laudo.

2.- Dentro de los 15 días siguientes al de recepción del laudo correspondiente, una Parte podrá pedir al Secretario General que solicite al Tribunal Arbitral la corrección a que se refiere el párrafo anterior.

3.- La Parte que solicite la corrección deberá enviar copia de dicha solicitud al Tribunal Arbitral y a la otra Parte en los términos del Artículo 3. La otra Parte dispondrá de un plazo de 15 días a partir de la recepción de la solicitud de corrección para manifestar lo que a su derecho convenga.

4.- Si el Tribunal Arbitral decide corregir o interpretar el laudo, deberá someter su proyecto de resolución al Consejo General dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo anterior.

5.- La resolución de corrección o interpretación del laudo adoptará la forma de adición al laudo y formará parte del mismo. Se aplicará a la adición lo dispuesto por los artículos 32, 34 y 35 de estas Reglas.

35) Anticipo sobre la tasa administrativa.

1.- Toda demanda de arbitraje presentada en los términos de estas Reglas debe ir acompañada de la suma a que se refiere el *Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje* que establece el Apéndice II, a título de anticipo sobre la tasa administrativa del CAM.

2.- No será tomada en consideración ninguna demanda que no vaya acompañada de este pago, que será percibido definitivamente por el CAM y no será reembolsable. Dicho anticipo será deducible de la tasa administrativa fijada por el Consejo General al final del procedimiento conforme al Arancel mencionado en el párrafo anterior.

36) Depósito para cubrir los gastos del arbitraje.

1.- Corresponde al Secretario General fijar el importe del depósito de fondos para cubrir los gastos de arbitraje utilizando el *Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje* que establece el Apéndice II. El Secretario General fijará el importe de dicho depósito a su discreción si el monto en litigio fuere indeterminado.

2.- El monto del depósito fijado por el Secretario General para cubrir los gastos del arbitraje podrá ser revisado y ajustado para tomar en consideración modificaciones ulteriores del monto en litigio, cambios en la estimación de gastos del Tribunal Arbitral y la dificultad o complejidad del procedimiento.

3.- Si, independientemente de la demanda principal, se formulan una o varias demandas reconventionales, el Secretario General podrá fijar un depósito para la demanda principal y otro para la demanda o demandas reconventionales.

4.- Corresponde a la Actora y a la Demandada pagar por partes iguales el depósito de fondos para hacer frente a los gastos de arbitraje. En el supuesto de que alguna de las partes no lo realice, el pago deberá ser efectuado en su totalidad por la otra Parte.

5.- Cuando el Secretario General fije depósitos separados para las demandas principal y reconventional en los términos del párrafo 3, corresponde a cada Parte pagar íntegramente el depósito para la demanda correspondiente.

6.- En los términos del artículo 19, el Secretario General subordinará la entrega del expediente al Tribunal Arbitral al pago de por lo menos la mitad del depósito de fondos fijado por el Secretario General. Cuando el Secretario General fije depósitos separados para las demandas principal y reconvencional en los términos del párrafo 3, corresponderá a cada Parte pagar, en esta etapa, la mitad del depósito que le corresponda.

7.- Una vez firmada el Acta de Misión o a partir de su aprobación por el Consejo General, el procedimiento arbitral quedará suspendido hasta en tanto no sea cubierto el saldo del depósito de fondos para cubrir los gastos del arbitraje. En el supuesto de que el Secretario General haya fijado depósitos separados en los términos del párrafo 3, el Tribunal Arbitral podrá examinar la demanda, principal o reconvencional, respecto de la cual haya sido pagado el depósito correspondiente en su totalidad.

37) Diligencias Probatorias.

1.- Corresponde al Tribunal Arbitral solicitar a las partes el pago de un depósito para cubrir los gastos de las diligencias periciales o similares que ordene en un procedimiento arbitral. Este depósito deberá cubrir los honorarios y los gastos probables del perito o de las personas que intervengan.

2.- El depósito a que se refiere el párrafo anterior deberá ser pagado por las partes, o alguna de ellas, antes de que se practique la diligencia.

38) Costas del arbitraje.

1. Las costas del arbitraje incluyen:

- a).- los honorarios y gastos de los árbitros así como;
- b).- la tasa administrativa del Centro de Arbitraje de México;
- c).- en su caso, los honorarios y gastos del perito o de la persona que intervenga en los términos del artículo 39 nombrados por el Tribunal Arbitral;
- d).- los gastos en que razonablemente hubieren incurrido las partes para la defensa de sus intereses en el procedimiento arbitral; y
- e).- otros gastos en que razonablemente hubieren incurrido las partes en el procedimiento arbitral.

2. Corresponde al Consejo General fijar los montos a que se refieren los incisos (a) y (b) del párrafo anterior. El Consejo General podrá fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulta de la aplicación del Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje que establece el Apéndice II, si las circunstancias del caso lo justifican.

3. En su laudo final, el Tribunal Arbitral deberá:

- a.- fijar los montos a que se refieren los incisos (c), (d) y (e) del párrafo 1 del presente artículo;
- b.- incorporar los montos fijados por el Consejo General en los términos del párrafo anterior; y
- c.- decidir a cuál de las partes corresponde pagar las costas del arbitraje o en qué proporción se reparten entre ellas.

39) Renuncia.

Si una Parte, sin expresar su objeción sin demora, prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de estas Reglas, de cualquier otra regla aplicable al procedimiento, alguna orden del Tribunal Arbitral o algún requisito del acuerdo de arbitraje, se entenderá que ha convalidado el procedimiento, perdiendo cualquier derecho a impugnar.

40) Procedimiento abreviado.

1.- Las partes podrán convenir la reducción de los plazos previstos en estas Reglas. Dicho acuerdo tendrá que ser aprobado por el Tribunal Arbitral cuando ocurra después de su nombramiento en los términos del Capítulo Tercero.

2.- El Secretario General podrá, de oficio, prorrogar cualquier plazo abreviado en los términos del párrafo anterior cuando lo considere necesario para que el Tribunal Arbitral, el Consejo General y el propio Secretario General puedan cumplir con sus responsabilidades conforme a estas Reglas.

3.6 ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN TRATADOS MULTILATERALES Y BILATERALES

Una de las formas de la obligación de arbitrar en hispano – América, fue la cláusula general compromisoria inserta en los tratados bilaterales de paz y amistad, y en los tratados de delimitación de fronteras. Entre 1826 y 1865 se constituyó un órgano central de arbitramento, el Congreso de Plenipotenciarios, y se hizo el arbitraje obligatorio, mediante la aplicación de sanciones, los países que intervinieron fueron Panamá, Perú, Chile, Estados Unidos de América.²⁰

Entre 1880 y 1929, se empezó con la tendencia de reconstrucción de una doctrina continental del arbitraje, primero mediante un sistema de tratados bilaterales de tipo uniforme y depuse por tratados y declaraciones multilaterales.

Y es así como se han celebrado los acuerdos multilaterales de arbitraje permanente siguientes:

- Se adopta en la Conferencia de Caracas una declaración colectiva de adhesión al arbitraje obligatorio. (1883).
- Conferencia Panamericana de Washington (1889 – 1890).
- Congreso jurídico Iberoamericano (1892).
- Conferencia de la Paz de la Haya (1892).
- Conferencia Panamericana de México (1902).
- Segunda Conferencia de la Paz de la Haya (1907).
- Conferencia de la Paz Centroamericana (1907).
- Conferencia Panamericana de Buenos Aires (1910).
- Conferencia de Paz de Versalles (1919).
- Asamblea de la Sociedad de las Naciones (1920).
- Conferencia Centroamericana de Washington (1922–1923).

²⁰ <http://www.camex.com.mx>

- Conferencia Panamericana de Santiago (1923).
- Asamblea de Sociedad de las Naciones (1924).
- Conferencia Interamericana de Arbitraje y Conciliación (1929).

En Europa se han celebrado los tratados de arbitraje siguientes:

- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrado en Ginebra en 1961.
- Acuerdo relativo a la aplicación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrado en París en 1962.
- Convención Europea que contiene una Ley Uniforme en Materia de Arbitraje, celebrado en Estrasburgo en 1966.
- Convención sobre la Solución por Vía de Arbitraje de Litigios de Derecho Civil derivados de relaciones sobre Cooperación Económica, científica y técnica, celebrada en Moscú en 1972.

Nuestro país, forma parte de varios acuerdos, y tratados multilaterales y bilaterales, así mismo participa en los siguientes:

- Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes.
- Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas.
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.
- Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero.
- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.
- Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- Convención Interamericana sobre competencia en la esfera Internacional para la eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

El éxito de las reformas de mercado en la década de los noventa ha traído consigo un aumento significativo del comercio de bienes y servicios y de las inversiones extranjeras en América Latina y el Caribe. Mediante iniciativas unilaterales, disciplinas multilaterales y la negociación de acuerdos bilaterales y regionales, los países del Hemisferio han hecho esfuerzos deliberados y sistemáticos para crear condiciones propicias a la negociación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) para el año 2005.

A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente se iniciaron amplias reformas económicas y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe. Esto condujo también a una considerable liberalización del régimen de las inversiones en la mayoría de esos países. Esos nuevos regímenes de inversiones tenían como finalidad promover inversiones extranjeras mediante el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y ganancias. También permitieron a los países aceptar el arbitraje internacional como medio de resolver diferencias que pudieran plantearse entre el estado anfitrión e inversores extranjeros, apartándose de lo que había sido la tradición de la mayor parte de los países latinoamericanos, basada en la *doctrina Calvo*.

Según esta doctrina, un extranjero debe "renunciar a la protección diplomática de su estado de origen y a sus derechos conforme al Derecho Internacional, y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de éste. Los extranjeros pueden recibir un tratamiento tan favorable como los nacionales, pero no tienen derecho a un tratamiento más favorable".

Este nuevo enfoque frente a las inversiones extranjeras ha permitido superar un importante impedimento a la negociación y suscripción de tratados bilaterales de inversión entre países latinoamericanos y países exportadores de capital.

3.6.1 PRESENCIA DE LA COMISION INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL –CIAC- A NIVEL AMERICANO

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial ha venido fortaleciendo y adquiriendo una indiscutible representatividad, a través del aumento en el número de Secciones Nacionales y Asociados que la conforman.²¹

En la actualidad, cuenta con 16 Secciones Nacionales y 6 entidades Asociadas en los siguientes países del Hemisferio Americano: Estados Unidos, México, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Bolivia, Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay, Venezuela y República Dominicana y están pendientes de formalizar como Secciones Nacionales, Canadá y Honduras. La mayoría, representadas por las principales Cámaras de Comercio de esos países y en Estados Unidos por la Asociación Americana de Arbitraje.

Dentro de este proceso de desarrollo de los Métodos Alternativos, la Comisión ha jugado un papel protagónico en la difusión y fortalecimiento de los mismos, ayudando a ejecutar programas de capacitación y reformas

²¹ <http://www.realidadjuridica.uabc.mx>

legales, entre otros. A través de sus Secciones Nacionales mantiene un conocimiento actualizado y permanente del desarrollo de los mismos en el Continente. Además, ha venido ejecutando programas con el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Estados Americanos que han tenido como resultado una transformación del tema en el área.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) se reúne todos los años para analizar las tendencias del arbitraje en el mundo.

Ha participado en foros Nacionales e Internacionales de relevante prestigio internacional, siendo el Foro Empresarial del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) celebrado en la ciudad de Quito en el mes de octubre la participación más relevante por cuanto en el Taller de Solución de Controversias se tomó la resolución de que sea la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial la Administradora del Arbitraje para el Sector Privado en el Área de libre Comercio para las Américas (ALCA).

Actualmente la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) ha firmado un convenio de cooperación interinstitucional con la Asociación de Arbitraje Americano (AAA) organismo de importancia internacional en los Estados Unidos.

3.6.2 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTES CONTRATANTES

Conforme a lo que es tradicionalmente la práctica en los acuerdos internacionales, los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos comerciales y de integración que incluyen capítulos sobre inversiones, contienen disposiciones para la solución de controversias entre las Partes Contratantes.

En el caso del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN); el Grupo de los Tres; y los Tratados de Libre Comercio Bolivia-México, Costa Rica-México y Canadá-Chile, estas controversias son sometidas a los mecanismos generales de solución de controversias de estos acuerdos

que incluyen consultas y, de no resolverse por ese medio, la remisión a un panel. En el Grupo Andino, el Tribunal Andino de Justicia es el órgano competente para este tipo de controversias. El Protocolo de Colonia, dispone que la solución de controversias relativas a su interpretación y aplicación se hará de conformidad con los mecanismos establecidos en el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991. Cuando las controversias involucran a un tercer Estado, el Protocolo de Buenos Aires las remite a arbitraje *ad-hoc*.²²

Todos los tratados bilaterales de inversión disponen que las diferencias entre Estados, referentes a la interpretación o aplicación del tratado, deben ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las dos partes, a tribunales arbitrales *ad hoc*. El arbitraje, sin embargo, debe ser precedido por consultas. Todos los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) requieren que las disputas, siempre que sea posible, sean resueltas amistosamente a través de consultas o canales diplomáticos. Sólo hay diferencias en cuanto al período de tiempo que los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) conceden para que la controversia sea resuelta a través de consultas antes de que sea sometida a procedimientos de arbitraje. Ese período varía entre tres, seis y doce meses, aunque en algunos casos no se define el límite. En general, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) establecen algunas normas para la constitución del tribunal *ad hoc*.

Generalmente prevén que cada parte nombre un árbitro, por lo general dentro de un período de dos meses. Esos árbitros deben seleccionar al nacional de un tercer Estado para que actúe como Presidente del Tribunal dentro de un período que oscila, dependiendo del tratado, entre 30 días y dos, tres o cinco meses, aunque un período de dos meses parece la fórmula más usada.

Los tratados incluyen también procedimientos para los casos en que no puede llegarse a un acuerdo con respecto a los nombramientos, o cuando otras circunstancias impiden la constitución del tribunal. Normalmente se incluyen en el acuerdo algunos procedimientos generales que debe observar el tribunal arbitral. Las disposiciones establecen, a este respecto, que las decisiones del

²² <http://www.realidadjuridica.uabc.mx>

tribunal deben ser adoptadas por mayoría de votos, ser definitivas y obligatorias para ambas Partes. Aparte de esas indicaciones básicas, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) dejan en manos del tribunal mismo determinar sus propios procedimientos. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) celebrados por Estados Unidos de América refieren a las normas de arbitraje de Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) cuando no puede alcanzarse un acuerdo sobre los procedimientos.

En la mayoría de los casos, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) considerados en el compendio no fijan plazos para que el tribunal arbitral dicte su decisión. En el caso de los tratados de Estados Unidos de América, se incluyen disposiciones del tipo siguiente que establecen un límite para llegar a una decisión: "Salvo acuerdo en contrario, todos los casos se presentarán y todas las audiencias se completarán en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se selecciona al tercer árbitro, y el tribunal pronunciará la sentencia dentro de un plazo de dos meses a partir de la fecha de las presentaciones finales o de la fecha de clausura de las audiencias, si ésta fuera posterior". Finalmente, algunos tratados incluyen una referencia a la ley que deben aplicar los tribunales arbitrales al decidir una controversia. La disposición típica establece que el tribunal arbitral deberá decidir conforme a las disposiciones del Acuerdo y a los principios del derecho internacional.

3.6.3 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA

Todos los tratados bilaterales de inversión; Mercosur; el Tratado de Libre Comercio para América del Norte; el Grupo de los Tres; y los Tratados de Libre Comercio Bolivia-México, Costa Rica-México y Canadá-Chile, contienen disposiciones separadas referentes a diferencias entre una Parte Contratante y un inversionista, conocidas generalmente como diferencias sobre inversiones.

En todos los tratados se prevé el arbitraje como mecanismo para la solución de este tipo de controversias. Esto constituye un cambio respecto a lo que era la práctica tradicional en este campo que no contemplaba este tipo de mecanismo. El inversionista extranjero, por tanto, estaba limitado a demandar al Estado receptor en los tribunales nacionales o a hacer que su Estado de origen asumiera su demanda en contra del Estado receptor (protección diplomática).

Todos los acuerdos antes mencionados incluyen una referencia a determinados mecanismos específicos institucionales de arbitraje, a diferencia de lo que normalmente se establece en relación con disputas entre Partes Contratantes en cuyo caso se asignan a tribunales arbitrales ad hoc sin procedimientos preestablecidos. Estos acuerdos se refieren al arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), o conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, cuando el Estado anfitrión o el de origen del inversionista extranjero no sea parte contratante de CIADI. Siguiendo lo que constituye cada vez más la práctica en los tratados modernos sobre inversiones, en la mayor parte de los acuerdos se incluyen formas alternativas de arbitraje.

Esto resulta particularmente relevante para aquellos casos cuando el arbitraje en el marco del CIADI no es aplicable debido a restricciones de jurisdicción. En su gran mayoría se refieren a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sólo en el caso del Tratado Bilateral de Inversión Estados Unidos-Haití, se hace referencia al arbitraje en el marco de la Cámara Internacional de Comercio (CIC).

La mayoría de los tratados contemplan que el inversionista y el Estado receptor intenten solucionar las controversias de manera amigable mediante consultas y negociaciones antes de someterla a arbitraje. En algunos casos, debe cumplirse un plazo antes que la controversia pueda ser sometida a arbitraje. Este plazo varía entre tres, seis y 18 meses, dependiendo del tratado.

Algunos tratados, incluyendo los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Estados Unidos de América, disponen que el inversionista pueda recurrir al arbitraje sólo si antes no ha sometido la controversia a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se efectuó la inversión. De la misma manera, el recurso al arbitraje precluye la posibilidad de recurrir a tribunales nacionales. Varios Tratados Bilaterales de Inversión firmados por países latinoamericanos también incluyen este principio ("fork-in-the-road") y disponen que la elección que haga el inversionista entre uno u otro procedimiento "será definitiva".

CAPÍTULO CUARTO

INVERSIÓN

En su concepción actual, el comercio mundial deriva del desarrollo práctico de los tres axiomas básicos que conforman el multilateralismo: el respeto al principio de no discriminación entre interlocutores comerciales, con la generalizada aplicación de la cláusula de nación más favorecida; la instauración de la efectiva liberalización de los mercados nacionales, dirigida a suspender negociadamente los obstáculos del comercio mundial mediante la suscripción de Tratados de Libre Comercio y, por último, la definición de una ideología económica internacional previsible, de cuya interpretación depende directamente la estabilidad comercial del actual sistema financiero.

Aunando este triple axioma con el desarrollo de los transportes y con los adelantos técnicos en comunicación y tecnología, la mundialización está integrando mercados heterogéneos de bienes, servicios y capital con el establecimiento de un complejo entramado de cadenas de producción, suministro y comercialización de productos influido por una acentuada competitividad económica. Conscientes de los beneficios derivables de su presencia estable en los sectores estratégicos de estos mercados emergentes, las multinacionales extienden actualmente su actividad comercial diversificando sus áreas empresariales y ofreciendo el valor de su especialización en los sectores económicos en los que se implantan.

Como consecuencia de esta entrelazada actividad empresarial, el comercio transnacional entre empresas ha crecido exponencialmente en la última década, canalizando los flujos de inversión extranjera hacia aquellas economías y mercados más sensibles a sus innegables ventajas como receptores de este tipo de inversión. Una de las opciones disponibles para cualquier inversor extranjero es la adquisición de una participación en el capital

social de una empresa o de un grupo de empresas nacionales del Estado receptor de la inversión; operación que tan sólo persigue obtener una rentabilidad de la inversión inicial en un breve espacio de tiempo, denominándose por tal motivo inversiones extranjeras de cartera o indirectas.

Su alta volatilidad, producida por una permanente búsqueda de mercados especulativos de alta rentabilidad, es su característica más definitoria. Otra opción disponible para el inversor extranjero consiste en financiar la adquisición de una participación significativa en el capital social de una empresa local; porcentaje fijado en un 10% de su capital social, según la definición del Banco Mundial. A diferencia de la indirecta, la inversión directa involucra al inversor extranjero en la gestión de la empresa nacional en cuyo capital social participa, fomentando la consecución de su rentabilidad en un razonable período de tiempo mediante la instauración de avanzadas técnicas de dirección empresarial, el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica y la apertura a nuevos mercados internacionales; ignotos para el empresario nacional, pero conocidos para el inversor extranjero.

Frente a experiencias precedentes que culminaron en las crisis petroleras de los 1970, la inversión extranjera directa no es un instrumento generador de deuda externa de sus Estados receptores, ya que el inversor no presta dinero al Estado receptor de la inversión -a devolver en plazo y con la aplicación de la tasa de interés correspondiente- sino que arriesga en el desarrollo de su actividad empresarial. La correcta aplicación de estos parámetros puede redundar en significativos réditos para la economía del Estado receptor de este tipo de inversión extranjera.

1.1 LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS DE INVERSIÓN

El flujo capitales extranjeros implica facilitar la movilidad de sus operadores, proporcionándoles una adecuada regulación internacional de la protección de sus legítimos derechos y obligaciones frente a los Estados receptores de la inversión extranjera en sus diferentes acepciones.

En materia de inversión extranjera directa esta cobertura debe acentuarse por motivo de su vocación de permanencia en un ordenamiento foráneo, con sus inevitables implicaciones en la política económica local.

Es en este punto donde la uniformidad regulatoria largamente perseguida por el Derecho del Comercio Internacional adquiere significativa relevancia, ya que tiene la responsabilidad de interpretar coherentemente todas las normas convencionales internacionales, contratos y legislaciones nacionales aplicables a este tipo de transacciones comerciales transnacionales.

Con el inicio de la posguerra y bajo los auspicios de las organizaciones multilaterales concebidas en la conferencia de Bretton Woods, comienza el desarrollo práctico de un sistema integral de protección de inversiones extranjeras, compaginando la liberalización de los mercados nacionales con un sistema legislativo uniforme, capaz de proporcionar seguridad jurídica suficiente a los flujos de inversión extranjera directa no es un instrumento generador de deuda externa de sus Estados receptores, ya que el inversor no presta dinero al Estado receptor de la inversión –a devolver en plazo y con la aplicación de la tasa de interés correspondiente- sino que arriesga en el desarrollo de su actividad empresarial. La correcta aplicación de estos parámetros puede redundar en significativos réditos para la economía del Estado receptor de este tipo de inversión extranjera.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) proporciona el modelo de los elementos que han pasado a formar parte de los convenios de inversión, estos elementos son : protección contra la expropiación directa e indirecta; derechos para establecer una inversión; derechos al Trato Nacional y al Trato de Nación más Favorecida; garantía del

Nivel Mínimo de Trato para los Extranjeros; Protección especial contra requisitos de desempeño y contra requisitos relativos al empleo de personal ; y derecho a repartir todo tipo de fondos.¹

4.2 CONCEPTO DE INVERSIÓN:

Dentro del mismo Tratado de Libre Comercio para América del Norte se da una definición por lo que se ha de entender como inversión extranjera la cual dice:

Definición de Inversión:

El comercio de invisibles resulta ser trascendental para el desarrollo económico de nuestro país; por ello el Capítulo de inversión es uno de los más importantes del Tratado de Libre Comercio para América del Norte , ya que en él se manifiesta el cambio más importante en materia de inversión extranjera (IE): regular la Inversión Extranjera en aras de facilitar e incrementar su acceso a México.²

La inversión es el empleo productivo de los bienes económicos, es decir, la actividad que da como resultado una magnitud de bienes económicos mayores a las empleadas, pudiendo consistir estos bienes económicos en riquezas o medios monetarios.³ El concepto de inversión abarca todas las formas de propiedad, de participación en las empresas e intereses en sociedades comerciales, propiedad tangible o intangible y la contractual.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, define en su artículo 1139, lo que se entiende por inversión, y resulta ser un concepto tan amplio que protege cualquier recurso humano o material que un inversionista de una Parte destine al desarrollo de una actividad económica en el territorio de otra Parte⁴ . Se define a la inversión como una empresa⁵, como acciones,

¹ <http://www.iisd.org>.

²Revista Jurídica PEMEX Lex. Velarde Estrada Rogelio. “Breves apuntes en torno al capítulo de Inversión del TLC. No. 75 – 76 Septiembre/ Octubre de 1994.

³ Pérez Nieto Castro Leonel. El Tratado de Libre Comercio una Introducción. Ed. Universidad de Sonora, México 1994.

⁴<http://www.itam.mx>

deuda, préstamos y participaciones de éstas, y se extiende a propiedad y beneficios derivados de destinar capital o recursos a actividades económicas en otros países.

El concepto de inversión es muy amplio y comprende en algunos casos la propiedad industrial, la inversión de cartera, y el endeudamiento a mediano plazo, y en todos estos casos tendrá acción el inversionista; sin embargo sus derechos nacen a partir de una inversión legítima y no podrá accionar para que se autorice una inversión o que se cumpla un compromiso para legislar de una manera determinada en temas considerados inversión.⁶ En los años recientes México ha logrado atraer montos importantes de inversión extranjera y se ha estimulado el flujo de recursos cuyo monto ha sido notable en la perspectiva internacional. México se ha convertido en el país en recibir mayor inversión extranjera.

Ya una vez definido lo que se entiende por inversión, es necesario analizar el capítulo XI del TLCAN, así como su ámbito de aplicación.

4.3 COMPOSICIÓN DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

Este capítulo consta de 39 artículos y 4 anexos referentes a la inversión dentro de la zona de libre comercio. A lo largo de estos artículos el Propio Tratado, elimina las barreras a la inversión, otorga garantías a los inversionistas, y establece su propio mecanismo de solución de controversias. Es por ello que dicho capítulo se encuentra dividido en dos secciones, la primera sección A, contiene los principios rectores y disposiciones sustantivas en materia de inversión, y por otro lado la sección B, referente al mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado.⁷

⁵ Artículo 207 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

⁶ Revista Alegatos. Pérez Mirando Rafael. La Protección de la Inversión Extranjera y la Solución de Controversias en la Materia. No.32 México enero / abril de 1996. Universidad Autónoma Metropolitana. Órgano de diferencias del departamento de derecho. División de ciencias sociales y humanas.

⁷ www.se.gob.mx

En los primeros 14 artículos de la sección A, que son de gran relevancia, por que en ellos se establece el trato a los inversionistas en la zona, el principio de la nación más favorecida, la prohibición de utilizar políticas comerciales o ciertas regulaciones en forma discriminatoria, la prohibición en la intervención en la composición de los consejos de administración de las empresas y las reglas básicas de la movilidad de capitales, de expropiación y el pago de éstas.⁸

El ámbito de aplicación del capítulo esta establecido en el artículo 1101 y regula a los inversionistas de los Estados Partes y sus inversiones en el territorio de otro Estado Parte, existentes en el momento de la entrada en vigor del tratado o bien posteriores. En México, se rige a inversionistas de Canadá y Estados Unidos, a sus inversiones, y a inversiones controladas por nacionales de países ajenos al Tratado de Libre Comercio para América del Norte siempre que provengan de dichos Países (Canadá y EUA.) y realice en estos países actividades empresariales sustantivas.⁹ Éste capítulo no sólo se refiere a inversiones, sino que va más allá, de éstos asuntos comerciales, tocando puntos importantes y zonas de interés como la protección a la salud y al medio ambiente, por lo que el contenido y aplicación del capítulo resulta primordial, y más adelante analizaremos tres casos ambientales.

Un punto esencial tratándose de inversión, es la parte referente al trato que se le da a la misma en los países receptores por ello me resulta interesante e ilustrativo mencionar los principios rectores del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

⁸Kessel Georgina. Lo Negociado en el Tratado de Libre Comercio. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del tratado Trilateral de Libre Comercio. Ed. Mc Graw Hill. México 1994. p.27

⁹Moreira Rodríguez Héctor. Entendiendo el Tratado de Libre Comercio. Centro de Estudios Estratégicos del ITSM. Ed. Fondo de Cultura Económico. México.1995. p. 171.

4.4 PRINCIPIOS RECTORES DEL CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

La no discriminación es el principio fundamental sobre el que descansan las disposiciones referentes a la inversión dentro del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, ya que éste principio engloba los principios de la Nación más Favorecida (NFM), Trato Nacional (TN), y Nivel Mínimo de Trato (NMT). Cada país dentro del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) está obligado a otorgar un trato acorde con el derecho internacional, a la inversión proveniente de cualquiera de los países signatarios del tratado. Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos, es decir están sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversionistas extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los de un tercer país. Las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida buscan asegurar el acceso al mercado a los inversionistas extranjeros en términos iguales a los que disfrutaban los inversionistas nacionales, así como impedir que el país huésped otorgue un trato preferencial a empresas en detrimento de otras, al negarles a éstas las oportunidades comerciales de las otras. Y junto con éstos dos principios encontramos el principio de nivel mínimo de trato que respalda a los dos anteriores.

4.4.1 NACIÓN MÁS FAVORECIDA.

Se refiere a la obligación de las partes de hacer extensivo aquellos beneficios que se otorguen a los inversionistas de otros países ajenos al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), en lo referente a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversión. Esto significa que si México otorga un beneficio adicional a los inversionistas de un país no signatario del tratado, éstos también gozarán de los mismos beneficios. El principio de nación más favorecida es un principio flexible, ya que permite incorporar excepciones que satisfagan las

inquietudes en materia de desarrollo de los países receptores de las inversiones. Estas excepciones pueden ser tanto generales como específicas en donde se otorgan el derecho de reservarse e medidas, sectores o actividades, este es el caso del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), que contiene las excepciones que hicieron los tres países miembros en el anexo 4. Este es un principio emanado del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT), el cual establece que los pactos bilaterales o plurilaterales negociados entre dos o más países con el fin de crear un área de libre comercio o algún proceso de integración similar, por los que únicamente los países que suscriban dichos pactos o acuerdos pueden acceder a los beneficios del mismo, no así terceros países.¹⁰

4.4.2 TRATO NACIONAL

Objetivo fundamental de las protecciones a los inversionistas es impedir un trato discriminatorio contra los inversionistas con base en su país de origen, por ello uno de los principios esenciales y piedra angular del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, es la obligación de trato nacional contenida en el artículo 1102 que a la letra dice: “ cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en semejantes circunstancias a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición a las inversiones ”. Una obligación idéntica se encuentra en el párrafo dos de dicho pero aplicando a las inversiones. El propósito de este principio es asegurar la igualdad de condiciones entre los inversionistas domésticos y los inversionistas de los otros Estados del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

¹⁰ Witker Jorge. Introducción al Derecho Económico. Ed. Harla .México 1995. p. 158.

La aplicación de éste principio influye directamente en la capacidad del Estado receptor de la inversión para brindar apoyo y protección a la inversión doméstica y a los intereses empresariales. Lo anterior no significa una prohibición absoluta pues los poderes un país podrán regular la inversión extranjera como lo consideren más conveniente por razones de seguridad nacional, incentivos a la industria local, políticas de inmigración etc. La idea básica es evitar actos discriminatorios de los países contra los extranjeros sólo por su origen, sin tener justificación legítima al establecer una restricción. La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) establece que existe una gran gama de excepciones al trato nacional, que va desde:

1. excepciones generales.
2. excepciones por temas específicos.
3. excepciones específicas por industria.
4. cláusulas de reciprocidad

Estas limitaciones pueden presentarse mediante dos modalidades: un derecho general al trato nacional sujeto a una lista negativa de aquellas áreas o industrias exceptuadas de esta disciplina, o una lista positiva en donde no hay derecho a priori al trato nacional, extendiéndose éste únicamente a aquellas industrias y áreas específicamente incluidas en la lista.

En el caso del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) estas limitaciones al trato nacional se encuentran listas negativas. Por ejemplo México excluyó ciertas áreas económicas del alcance de éste principio y las reservó exclusivamente a inversionistas mexicanos. Esto está contenido en la segunda reserva que hizo nuestro país en el proceso de apertura social. El objetivo del capítulo de inversión en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) es eliminar las barreras que existen entre las partes para que pueda haber un tránsito libre del comercio de capitales a través de la inversión extranjeras. Esto se hace posible a través de los efectos

que tiene el principio de trato nacional al establecer el mismo trato a los nacionales y extranjeros.

Con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) han surgido ciertas controversias sobre la aplicación del principio de trato nacional, a raíz de la amplia interpretación que le han dado los tribunales arbitrales. Según lo que establece el artículo 1102, esta norma se aplica en circunstancias similares, por lo que esto permite otorgar un trato diferente siempre que los inversionistas se encuentren en situaciones distintas, puesto que difícilmente se podría dar un trato idéntico.¹¹

4.4.3 NIVEL MÍNIMO DE TRATO.

Este principio se considera una obligación absoluta, ya que las partes contratantes de un acuerdo deben proporcionar un trato justo y equitativo, independientemente del nivel de trato que proporcionen a sus propios nacionales, ya que el trato debe de ir acorde con el derecho internacional.

Este principio requiere que una Parte otorgue a la inversión de la otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridades plenas. Así mismo a los inversionistas que sufran pérdidas a causa de conflictos armados o contiendas civiles, un trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que se mantenga o adopte en relación con éstas pérdidas. Este principio tiene por objeto disminuir la aplicación de facultades discrecionales por parte de las autoridades administrativas.¹² A lo largo de varias controversias en las que se han visto involucrados los Estados miembros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), ha surgido un debate en torno al alcance de la disposición sobre el nivel mínimo de trato.

¹¹ <http://www.lanic.utexas.edu>.

¹² Artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

El entendimiento para los tres países ha sido que la obligación contenida en el artículo 1105 exige otorgar a las inversiones de los inversionistas un nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario. Los países miembros han acordado que las referencias “trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas” no amplían las obligaciones de las Partes más allá de lo concedido por el derecho internacional consuetudinario.

Es importante mencionar que México adoptó desde la Constitución de 1857 y que sigue vigente hasta la constitución actual la cláusula Calvo, cuya doctrina consiste en otorgar jurídicamente a los extranjeros la misma condición que a los nacionales del país en el que se encuentren, es por ello que los extranjeros deben someterse tanto al derecho como a las autoridades del país receptor. Esta cláusula tiene por objeto terminar con la protección diplomática asegurándole al Estado receptor, que el extranjero no estará en una situación privilegiada.¹³

Esta posición ignora el criterio internacional de nivel mínimo de trato y permite a naciones particulares, establecer cualquier nivel de trato a los extranjeros, ya que cada uno de ellos es libre de determinar el nivel de trato que dará a sus nacionales esto puede implicar el no cumplir con las normas establecidas por el derecho internacional. En México esta doctrina ha sido desplazada por otras nuevas, así como por principios y acuerdos que responden a las exigencias y evolución de la sociedad internacional.

Un ejemplo de ello es el mecanismo de solución de controversias que plantea la sección B del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) que abre la opción a los inversionistas extranjeros de demandar al Estado Mexicano ante un panel arbitral, oportunidad que no tienen los nacionales dentro de su país, siendo un procedimiento que sólo beneficia a los extranjeros. Después de haber analizado los principios rectores de la inversión extranjera es necesario pasar al estudio de los elementos que

¹³ Reynal Baeza Marisol. “Análisis del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y la entrada de México en éste”. – Ed. Universidad de las Américas Puebla. 2002. México. p. 40.

conforman el propio capítulo citado anteriormente y sobre el cual se aplica el mecanismo de solución de controversia.

4.5 DERECHOS SUSTANTIVOS DE LOS INVERSIONISTAS.

Los puntos que sirven de base al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte son: la apertura sectorial, los requisitos de desempeño¹⁴, las transferencias¹⁵, la expropiación, compensación y las medidas equivalentes a la expropiación¹⁶ y las medidas relativas al medio ambiente¹⁷, en la sección A; así como la solución de controversias en la sección B. Todos ellos tienen el objeto de proteger y buscar la eliminación de barreras para la inversión extranjera, con el fin de promoverla y atraerla para capitalizar el crecimiento económico tanto de los inversionistas como del país receptor de la inversión.

4.6 APERTURA SECTORIAL.

La insuficiencia del ahorro interno propició hace algunos años la búsqueda de capitales y tecnologías del exterior, a través de la promoción y protección a la inversión extranjera; un ejemplo claro de esta revolución económica en nuestro país es el paso de la antigua ley de inversión extranjera a la actual. La ley que regía antes de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) era la Ley Para Promover la Inversión Mexicana Y Regular la Inversión Extranjera de 1973, la cual prohibía la inversión extranjera en un gran número de áreas económicas que se encontraban reservadas de manera exclusiva al Estado o a mexicanos o

¹⁴ Artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹⁵ Ibidem. Artículo 1109

¹⁶ Ibidem. Artículo 1110

¹⁷ Artículo 1114 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros¹⁸, ya que ésta ley era sumamente proteccionista.

En contrario sensu ahora rige una ley sustentada en un modelo económico de libre mercado, cuyo objeto es determinar las reglas para canalizar la inversión extranjera hacia nuestro país y propiciar que ésta contribuya al crecimiento de la nación, y esta ley lleva el nombre de Ley de Inversión Extranjera, de 1993. Gracias a la apertura sectorial se permite la inversión extranjera por parte de Estados Unidos y Canadá a los sectores de la economía mexicana que anteriormente se encontraban cerrados a la participación foránea. Como resultado del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), México abrió a un número considerable de actividades económicas la participación de inversión extranjera. Cabe señalar que en la apertura sectorial México se reservó cuatro áreas económicas diferentes:

1. Las áreas estratégicas: México excluyó de la apertura sectorial las áreas establecidas en el párrafo cuarto del artículo 28 Constitucional, que son las actividades reservadas de manera exclusiva al estado.

2. Las actividades reservadas a los mexicanos, que son las áreas reservadas exclusivamente a los mexicanos o sociedades mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros.

3. Las áreas donde la inversión extranjera sólo puede participar hasta un porcentaje determinado sin posibilidad de incrementarlo, este porcentaje va el 10%, 25%, hasta el 49% de participación.¹⁹

4. Las áreas donde la inversión extranjera sólo puede participar hasta un porcentaje de 49% el cual puede ser rebasado con autorización de la Comisión de Inversiones Extranjeras.

¹⁸ Artículo 2 (VII) de la Ley de Inversión Extranjera.

¹⁹ Artículo 7 de la Ley de Inversión Extranjera.

Hay también actividades donde la inversión extranjera puede participar libremente hasta un 100% sin restricción alguna, aquí la apertura sectorial fue total. Es importante que los tres países miembros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) den un trato apropiado a todas las inversiones para lograr mayor captación de éstas.

4.7 REQUISITOS DE DESEMPEÑO.

Estos requisitos están vinculados con el espíritu de principio de trato nacional e implica el compromiso de las partes de no condicionar el establecimiento, operación o expansión de las inversiones extranjeras al cumplimiento de requisitos específicos como antes lo hacía la Comisión Nacional de Inversión Extranjera.

El artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) prohíbe a los gobiernos imponer requisitos de desempeño, esto es que los Estados no pueden imponer ciertas reglas a la operación de la inversión extranjera, independientemente de que tales reglas se impongan a los inversionistas nacionales. Está prohibido que las partes impongan requisitos diversos de aquellos previstos para sus nacionales a los inversionistas extranjeros. La prohibición de imponer requisitos especiales a la inversión extranjera no es aplicable a las entidades públicas en lo que se refiere a programas de gobierno, incentivos a la exportación, ni a las actividades en materia de ayuda internacional. Tampoco es aplicable a cierto tipo de inversiones que se encuentran expresa y separadamente reguladas por el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), como los servicios financieros.²⁰ Los Estados no podrán sujetar el establecimiento, adquisición, expansión, conducción u operación de las inversiones de los inversionistas de los otros Estados Parte o de un Estado no Parte, a requisitos tales como niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos por

²⁰ Ortiz Ahlf . op. cit. p.100.

exportaciones, transferencia de tecnología y requisitos de fabricación de productos de una región determinada. Hay una excepción a esto, que la estipula el artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) que se refiere a que podrán estipular medidas que exijan una cierta tecnología para poder cumplir con requisitos aplicables a salud, medio ambiente y seguridad. Los Estados Parte no podrán condicionar cualquier ventaja en conexión con las inversiones de los inversionistas de los Estados Parte y los Estados no Parte a requerimientos tales como, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos por exportaciones y restringir la venta de bienes o servicios en razón del volumen de las exportaciones o a las ganancias en moneda extranjera.

Un Estado Parte si podrá condicionar el otorgamiento de cualquier ventaja cuando se satisfagan los siguientes requisitos: que en su territorio se ubique la producción, se presten determinados servicios, se capacite o emplee a trabajadores, construya o amplíe instalaciones y se lleven a cabo determinadas investigaciones.²¹

De ésta manera se extiende el ámbito de aplicación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) a terceros Estados no parte en los aspectos mencionados antes, lo cual es factible según el artículo 36 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados. Los requisitos de desempeño se eliminan con el objeto de hacer más atractivo al país para la inversión extranjera, ya que los inversionistas actuarán y manejarán con más libertad sus inversiones.

La prohibición de la imposición de requisitos de desempeño proporciona el ejemplo típico de la evolución de las protecciones de los inversionistas hacia la creación de un sistema de recursos de derechos económicos internacionales para las empresas privadas.

²¹ Ídem.

El objeto de éste sistema es prohibir a un gobierno anfitrión la imposición de condiciones que pueda limitar la capacidad de un inversionista para que pueda lograr la eficiencia económica y ganancias. México formuló diversas reservas en el TLCAN a los requisitos de desempeño, esto es en lo casos concretos.

4.8 ALTOS EJECUTIVOS Y CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

El artículo 107 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), establece que ninguna de las tres partes del tratado podrá exigir a otra parte que en una de sus empresas tenga en puestos de alta dirección a individuos de nacionalidades específicas.

Un Estado miembro podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa de esa parte que sea una inversión de un inversionista de otra parte, sea de una nacionalidad en particular o residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

4.9 TRANSFERENCIAS.

Las transferencias son el flujo vital de una inversión y se encuentran reguladas por el artículo 1109 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) que establece que las partes se comprometen a no impedir la libre remisión de divisas vía dividendos, comisiones, intereses, regalías y amortizaciones de capital. Las transferencias se realizan en divisas de uso libre y al tipo de cambio vigente en el mercado. Ninguna de las partes podrá exigir a sus inversionistas que realicen transferencias de sus ingresos, ganancias o actividades atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, no lo podrá sancionar en caso de controversia. Las partes podrán impedir la realización de transferencias por medio de la aplicación equitativa no

discriminatoria y de buena fe en los casos de : quiebra, protección de los derechos del acreedor , insolvencia, operación de valores, emisión, comercio, infracciones penales, reporte de transferencia de divisas, u instrumentos monetarios y garantías del cumplimiento de los fallos en un procedimiento contencioso. Las partes pueden limitar las transferencias de ganancias en especie en circunstancias donde pudiera de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo que establece el Tratado.

A través de esta disposición el Tratado De Libre Comercio Para América Del Norte, garantiza que los inversionistas puedan obtener moneda extranjera a precios de mercado para realizar pagos asociados con sus inversiones de manera libre y sin demora. Esto genera seguridad para los inversionistas y rapidez al momento de realizar sus operaciones monetarias, ya que facilita el sistema de cambio.

4.10 EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN.

En la historia moderna de las relaciones comerciales, tanto en la expropiación como la compensación derivada de la misma han sido siempre temas, muy controvertidos. La expropiación mexicana de 1938, de activos de compañías petroleras británicas y estadounidenses, dio origen a la invención de la llamada “Formula Hull”, según la cual un país que expropia bienes a compañías extranjeras localizados dentro de sus fronteras esta obligado a pagar una compensación pronto, adecuada y justa. Los países desarrollados han adoptado esta formula en sus legislaciones y la han integrado al ámbito internacional, mientras que los países en desarrollo la consideran no tan benéfica.

La expropiación consiste en una limitación del derecho de propiedad en virtud de la cual el dueño de un bien, mueble o inmueble, queda privado del mismo, mediante o previa indemnización, en beneficio del interés público. El gobierno federal puede expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra

cultura nacional.²² La expropiación es un acto de derecho público derivado de la soberanía del Estado que tiene su base constitucional en el artículo 27 párrafo segundo Constitucional y que a la letra dice: “las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Esta norma autoriza al poder ejecutivo federal para remover la propiedad sobre tierras y otros derechos en manos privadas. La expropiación es un importante riesgo para los inversionistas que deciden invertir en otro Estado, pero también es un asunto que genera gran polémica dentro del derecho internacional pues mientras un punto de vista busca por un lado limitar los derechos de los Estados para expropiar o nacionalizar los bienes de los extranjeros, por el otro existe una corriente que se concentra en los permisos en que debe pagarse la propiedad afectada.

El primer enfoque es sostenido por los países desarrollados, en tanto que el segundo es por los países en vía de desarrollo. Sin embargo los elementos que han sido reconocidos por el derecho internacional para que la expropiación sea válida son: el acto de intervención y la compensación o indemnización.

Las expropiaciones, nacionalizaciones, o cualquier otra medida similar sobre las inversiones de los inversionistas de los Estados Partes, únicamente se realizarán por causa de utilidad pública, mediante indemnización, sobre las bases no discriminatorias y de acuerdo a las normas de derecho internacional privado según lo que establece el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Este artículo prohíbe tres tipos de expropiación: la expropiación directa, la indirecta y las medidas equivalentes a la expropiación.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) usa una definición de expropiación expandida y existen tres aspectos importantes en la misma y se trata de:

²² De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. 29ª ed. Ed. Porrúa. México 2004. p. 282.

1. La propiedad privada no sólo se refiere a la tierra y recursos sino también al valor comercial de la propiedad determinada por el mercado incluyendo el activo y las futuras ganancias de la compañía.

2. tradicionalmente una compensación era adjudicadamente solamente cuando el valor total de la propiedad era pérdida. Ahora es adjudicable cuando una sola parte de su valor comercial es perdida.

3. ya no sólo se habla de expropiación sino expropiación equivalente que también requiere compensación. Esto significa que una amplia gama de políticas de gobierno, leyes y medidas muy administrativas pueden ser tratadas como teniendo un efecto similar al de expropiación.

Según estos puntos cualquier reglamentación de gobiernos nacionales o estatales (leyes, tratados, medidas administrativas) que reduzcan o limiten el valor comercial de la propiedad privada pueden ser consideradas como una forma de reglamentación expropiatoria.²³

El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, no regula exclusivamente la expropiación directa, es decir aquella en donde hay una privación directa y clara de la propiedad de un bien mediante un acto concreto del Estado, ya sea con una disposición legislativa o un decreto del poder ejecutivo, sino también aquellas medidas que velada o subrepticamente privan a alguien de un derecho relativo a la propiedad, es decir no existe toma por parte de los Estados Parte de los bienes pero si hay una interferencia que minimiza los derechos de la propiedad de las personas, a esto se les llama expropiación indirecta. Este tipo de expropiación lo podemos definir como toda acción del gubernamental que demuestra una intención de privar a un inversionista de sus derechos corporativos, pecuniarios, reales sobre una determinada inversión y que tenga como consecuencia jurídica la privación de la propiedad. El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) no señala lo que debe entenderse por expropiación indirecta sin embargo hace

²³ <http://www.wforum.org>

aplicables las reglas del derecho internacional general a través del artículo 1131, que establece la obligatoriedad para los Tribunales Arbitrales de las interpretaciones que realiza la Comisión sobre una disposición del tratado.

El derecho internacional acepta que para que exista una expropiación, no es necesaria la transmisión de la propiedad, sino la sola afectación de los derechos de uso, goce o control. En nuestra legislación el artículo 2 de la Ley de Expropiación establece que “procede la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad. Esto podría entenderse como expropiación indirecta. La expropiación, las medidas equivalentes a éstas, la nacionalización son puntos importantes a tratar en varios conflictos que se han dirimido a través del mecanismo de solución de controversias del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Es importante mencionar que de todos los casos que se han llevado ante tribunales del capítulo XI sólo en 2 la medida impugnada es expropiación directa, los restantes se refieren a medidas equivalentes a expropiación.

La decisión arbitral más compleja a éste respecto provino del panel Metalclad, en el cual la empresa acusó al gobierno de México de haber llevado a cabo una medida equivalente a expropiación, sin haber dado indemnización alguna, al no permitir que la inversión de Metalclad, referente a un confinamiento de residuos peligrosos funcionara en el Municipio de Guadalcázar, San Luís Potosí. Aquí la medida expropiatoria supuestamente proviene de actos del Ejecutivo Federal y local y fue adoptada por medidas ambientales.

Las disposiciones sobre expropiación son las que tienen mayor notoriedad pública, dada su importante repercusión potencial sobre la regulación de la inversión. La mayoría de las controversias que se han llevado a arbitraje con respecto a la expropiación han sido por la discriminación llevada a cabo por alguna medida gubernamental, que al limitar la actividad comercial del inversionista, constituye una nacionalización o expropiación indirecta.

Todos los puntos que se han tocado hasta ahora son derechos que otorga el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), pero también existe una parte importante dentro de él en la que se establece a quienes y por que razones se les denegarán los beneficios derivados de éste capítulo.

4.11 DENEGACIÓN DE BENEFICIOS.

Los Estados Parte podrán denegar los derechos que derivan de éste capítulo a las sociedades inversionistas de un Estado Parte que sean controladas o propiedad de un Estado no Parte, sino mantiene relaciones diplomáticas con ese Estado no Parte o ha adoptado una medida por la cual se prohíba la realización de transacciones con ese Estado no Parte.

El Estado Parte podrá negarse, previa notificación y consultas, a extender los beneficios que da el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, a dicha empresa, cuando no realiza negocios substanciales en su territorio. Los beneficios que otorga el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) podrán ser disfrutados, en general, por cualquier persona o empresa constituida conforme a las leyes de los tres países. Algunos de estos beneficios son, el acceso al mecanismo de solución de controversias, los principios de trato a la inversión y todo lo que estipula el tratado con respecto a transferencias, expropiación y medio ambiente.

4.12 MEDIDAS RELATIVAS A MEDIO AMBIENTE

La inversión extranjera es importante para alcanzar el desarrollo sustentable de un país, ya que es difícil de imaginar una transición hacia éste sin la intervención de grandes cantidades de aquella. La protección ambiental es también punto importante en el desarrollo sustentable y uno de los hitos de dicha protección global es un sistema de gestión ambiental firme y efectivo en el ámbito nacional.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) es el primer acuerdo de inversión regional que enfrenta éste tipo de cuestiones y establece en su sección A, que las Partes contratantes del acuerdo pueden adoptar medidas relativas al medio ambiente y están obligadas a preservar éstas y no podrán relajarse con motivos de la inversión extranjera. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión infringiendo esta regla, podrá solicitar consultas con la parte violadora.

Se critica lo establecido en el párrafo anterior, debido a que las protecciones a los inversionistas previstas en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se han usado repetidamente para desafiar las leyes ambientales y decisiones administrativas del país receptor, por ello es que las disposiciones destinadas a la seguridad y previsibilidad de los inversionistas han causado incertidumbre e imprevisibilidad para los reguladores del medio ambiente.

Los derechos que establece el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) protegen a las inversiones extranjeras por encima de consideraciones ambientales y de salud. Un ejemplo claro es el caso Ethyl Corporation, en el que el gobierno de Canadá prohibió la venta de un aditivo llamado MMT, por nocivo a la salud y medio ambiente. Canadá llegó a un arreglo fuera de los tribunales con la empresa y le pagó 13 millones de dólares a ésta, a parte de retirar el consumo del producto. Lo cual demuestra que los intereses económicos son muy fuertes y por ello se vulneran normas de salud y medio ambiente.

El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, establece cuatro disposiciones clave que se relaciona con la capacidad de los gobiernos para desempeñar eficazmente sus funciones de manejo ambiental: trato nacional y el Trato de Nación más favorecida, nivel mínimo de trato,

prohibición de la imposición de requisitos de desempeño y disposiciones sobre expropiación.

Cada Estado puede ejecutar las medidas que considere apropiadas para asegurar que las inversiones se efectúen tomando en cuenta las preocupaciones en materia ambiental. Pero esto trae consecuencias como el caso de Metalclad, que por causa de protección al medio ambiente le fue prohibido operar a la empresa.

Los procesos más destacados hasta la fecha con relación al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y que tiene un marcado sesgo ambiental son cuatro:

- Ethyl Corporation contra Canadá
- Metalclad Corporation contra México
- USA Waste Management Inc. (Acaverde) contra México
- Robert Azinian y otros (DESONA) contra México

Los procedimientos de inversión muchas veces se preocupan más por tomar en cuenta las cuestiones comerciales de los casos a discusión, dejando a un lado los problemas ambientales que en ellos se exponen.

Es importante hacer mención del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, cuyo objetivo es promover el cumplimiento de la legislación ambiental de cada país.

4.13 RESERVAS Y EXCEPCIONES A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS SUSTANTIVOS DE INVERSIÓN

Los principios de nivel de trato, requisitos de desempeño, las transferencias, la expropiación, no se aplicarán cuando las Partes hayan establecido algunas reservas en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) por lo que se refiere a sectores o actividades específicas, misma que se encuentran contenidos en los anexos que forman Parte del Capítulo XI del propio Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

En el anexo I, los tres países se reservaron en lo relativo a la aplicación del principio de trato nacional, así mismo se indica el sector y subsector de las actividades económicas reservadas y su tipo de reserva, el nivel de gobierno que mantiene la restricción y fundamento legal, y también la descripción de la medida y si es el caso la liberación gradual de la misma. En éste anexo se conservo lo referente a la Cláusula Calvo, pero con la posibilidad de que los inversionistas adquieran los derecho de uso y goce sobre las zonas restringidas mediante fideicomisos.

El anexo II, enumera los sectores, subsectores o actividades contra las cuales cada Parte mantiene medidas restrictivas, y donde cada parte en cualquier momento puede añadir más a las mismas. México se reservó en éste anexo las siguientes actividades:

- La adquisición y venta de bonos, pagarés u otros tipos de valores emitidos por el gobierno.
- La producción y transmisión privada de programas de radio, sistemas de transmisión multipunto, música continua y televisión de alta definición.
- Servicios de navegación.
- Servicios transfronterizos postales, de telecomunicaciones y ferroviarios.
- Servicio asociados con la energía y petroquímica básica.

- Servicios sociales brindados a grupos sociales en situación desventajosa.
- Servicios legales (en relación a Estados Unidos).
- Servicios Sociales.
- Servicios prestados por personal autorizado, como el aso de agentes aduanales.

Canadá se reservó en el anexo II, los sectores, subsectores y actividades relacionadas con:

- Poblaciones autóctonas y con las minorías.
- Requisitos de residencia para adquirir tierras en franja costera.
- Inversiones en redes de telecomunicaciones, radiocomunicación y tendido de cables submarinos.
- Adquisición y venta de valores emitidos por el gobierno
- Servicios Sociales.
- Servicios de transportación aérea y marítima (con relación a Estados Unidos).

Estados Unidos incluyó en el anexo II, los sectores siguientes:

- Adquisición de tierras en franjas fronterizas con Canadá.
- Televisión por cable.
- Servicios de telecomunicaciones, sin incluir los de valor agregado.
- Servicios Sociales.
- Asuntos relacionados con las minorías.
- Reservas legales (respecto a México).
- Publicaciones de periódico y
- Transporte marítimo.

El anexo III contiene las actividades reservadas al Estado por mandato constitucional, y únicamente las presento México.

El anexo IV contiene las reservas que hicieron los tres países respecto a la obligación de conceder el trato de nación más favorecida. Dichas reservas fueron igual para los tres países en los mismos sectores.

En resumen, México cuenta con la mayor cantidad de reservas en los artículos sobre inversión con 89, luego le sigue Estados Unidos con 50 y por último Canadá con 47. Sin duda es una larga diferencia que mantiene nuestro país con respecto a los otros dos Estados Parte. Por eso fue fundamental analizar las cuestiones que marca éste capítulo en materia de inversión, dado la importancia que ha surgido en las distintas controversias ya mencionadas y que se han resuelto bajo el sistema de arbitraje, que es el punto central de ésta investigación.

CAPÍTULO QUINTO

ARBITRAJE INTERNACIONAL DENTRO DEL ESQUEMA DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS DE INVERSIÓN (CIADI).

Frente a la inicial protección diplomática de la inversión, inspirado en los precedentes de las Comisiones Mixtas de Reclamaciones del XIX y de los Tribunales Arbitrales Mixtos constituidos tras la finalización de la Primera Guerra Mundial y sugerido por el Capítulo V de las Recomendaciones como alternativa válida a los tribunales ordinarios de la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, los Tratados de Inversión contemplan un mecanismo de resolución de controversias surgidas entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión basado en las cláusulas de doble paso; una combinación de negociaciones de buena fe y arbitraje comercial internacional.

Planteada una controversia sobre inversión las partes involucradas deben intentar solventarla mediante negociaciones de buena fe durante un determinado período de tiempo, a determinar individualmente en cada Tratado.

Solo una vez demostrada su ineficacia, las partes pueden someter entonces su resolución definitiva a un arbitraje comercial internacional independiente; es decir, cualquier arbitraje ad hoc –celebrado al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976- o institucional –por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo- en el cual ninguna de las

partes de la controversia pueda elegir la mayoría de los componentes del Tribunal Arbitral.

Esta fórmula ofrece al inversor extranjero la posibilidad de plantear frente al Estado receptor de la inversión una controversia sobre la desprotección de la inversión ante un Tribunal Arbitral neutral. Su objeto será determinar la existencia o la ausencia de responsabilidad del Estado receptor de la inversión y su alcance en aquellos supuestos en los que se demuestre el incumplimiento de sus obligaciones de protección de la inversión extranjera al amparo de las disposiciones aplicables de un Tratado y cuantificar eventualmente los daños ocasionados al inversor afectado por tal incumplimiento.

La cláusula de resolución de controversias entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión contenidas en los Tratados constituye un compromiso válido adquirido entre Estados soberanos y sólo renunciabile mediante la denuncia por cualquier Estado firmante del tratado aplicable. Una vez aceptado por el inversor extranjero, este compromiso se convierte entonces en un acuerdo arbitral válido y vinculante para el Estado receptor de la inversión extranjera que tenga una controversia sobre inversión con un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante; es decir, con un inversor extranjero, quién otorgará su consentimiento para someterse a este mismo arbitraje, presentando la correspondiente solicitud de arbitraje ante la institución arbitral elegida. Al igual que ocurre con cualquier otro acuerdo arbitral, esta cláusula produce efectos positivos y negativos.

Los efectos positivos, de carácter contractual, obligan a las partes suscribientes a estar y pasar por el contenido del contrato. En el supuesto de convenios arbitrales contenidos en los Tratados, los redactores del Convenio de Washington ya previeron la posibilidad de que cualquier Estado receptor de inversión extranjera anticipase su consentimiento para someter las disputas sobre inversión a arbitraje internacional bajo los auspicios de CIADI y de su REGLAMENTO en los instrumentos legislativos de cualquier índole que suscribiese para la atracción y protección de inversión extranjera.

De esta manera, las provisiones legislativas –equivalentes por analogía, al contrato- que contuviesen este consentimiento anticipado para someterse al arbitraje comercial internacional bajo los auspicios de CIADI y de su REGLAMENTO constituirían un ofrecimiento de los Estados receptores de la inversión extranjera que los inversores protegidos por tal legislación, en caso de así precisarlo, podrían aceptar posteriormente mediante la presentación de la correspondiente solicitud de arbitraje, al amparo del Reglamento de Arbitraje.

Los segundos, de carácter procedimental, sustraen del conocimiento de los jueces ordinarios la controversia libremente remitida a la decisión de un tribunal arbitral. Es decir, siempre que estén válidamente suscritos, confieren jurisdicción al tribunal arbitral que eventualmente se constituya a su amparo para conocer y enjuiciar tanto su propia jurisdicción, como el fondo de la controversia que le haya sido sometida por las partes

5.1 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS DE INVERSIÓN (CIADI).

5.1.1 ANTECEDENTES¹

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial creó el Banco Mundial con la finalidad el fomentar y financiar proyectos, especialmente en países en vías de desarrollo. En forma casi inmediata, los padres de dicho órgano se percataron de que los recursos con los que contaría el Banco Mundial serían insuficientes para alcanzar las ambiciosas metas de financiar proyectos de infraestructura y fomento en países en vías de desarrollo. Ante esto, la importancia que los recursos privados revestirían en la consecución de los objetivos señalados se tornó evidente.

¹ Ensayos de Aron Broches. 1995. 1965. 1969.

Las inversiones extranjeras se convirtieron en un tema de gran importancia en la asociación que se daría entre países ricos y países pobres con la finalidad de lograr el desarrollo a nivel mundial, supliendo las deficiencias financieras con las que necesariamente se encontraría el Banco Mundial.

En este contexto de fomento de las inversiones internacionales se percibió que uno de los obstáculos que presentaría el hecho consistente en que gran parte de los países que más necesitaban de los recursos aludidos con el fin de financiar programas de desarrollo presentaban un clima de inversión poco favorable en la medida en que el "riesgo político"² existente en los mismos constituía un obstáculo casi insuperable para convencer a inversionistas privados a invertir en los mismos, máxime el costo de oportunidad y oportunidades de inversión que otras jurisdicciones y mercados ofrecían.

Ante la anterior circunstancia, los padres del sistema financiero internacional idearon lo siguiente. Se estimó que si de alguna manera se lograba garantizar a inversionistas en países con un alto riesgo político un foro imparcial en donde se les asegurara un recurso para ventilar cualquier controversia que pudiese surgir en relación con su inversión, dicha circunstancia reduciría, en términos financieros, el riesgo político de invertir en el país en cuestión y ello justificaría el que las inversiones necesarias para el desarrollo se dieran. Como resultado se creó el CIADI (Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados) a través del Convenio CIADI.

El CIADI o Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, es una institución arbitral supranacional constituida por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington en fecha 18 de marzo de 1965 (en lo sucesivo, el Convenio de Washington) y suscrito a 20 de diciembre de 2004 por 154 Estados; un texto internacional, concebido por Aron Broches, que refleja un cuidado equilibrio

² Husted, Steven y Melvin, Michael. International Economics. 4ª ed. Ed. Addison-Wesley, United States of America. 1998. pp. 527-531.

entre los intereses de los inversores extranjeros y los de los Estados receptores de este tipo de inversión. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en la ciudad de Washington, D. C.

El objetivo del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación³ o arbitraje.⁴

Dado que un Estado puede ser parte en un arbitraje de esta naturaleza y que la mayoría de las instituciones arbitrales son privadas, las recomendaciones sugieren que los Tratados bilaterales de inversión así como los Acuerdos de Libre Comercio y las diferentes legislaciones nacionales sobre inversiones sometan las controversias de inversión que se susciten a CIADI, para administrar el arbitraje al amparo de su reglamento. Como consecuencia de esta recomendación y según reflejan las estadísticas del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), su actividad administradora se ha incrementado significativamente. Así, de 1985 a 1995, registró una media de 2 asuntos por año; de 1996 a 1998, cinco; desde 1999, fueron doce; y en 2004, solo treinta.

Con sede en Washington D.C., el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) está encuadrado dentro del Grupo Banco Mundial, especializándose en la administración de controversias de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes mediante la conciliación y el arbitraje; de ahí que actualmente ofrezca el mecanismo más elaborado de solución de controversias sobre inversión. Sus idiomas oficiales son el inglés, el español y el francés.

³ Artículos 28 a 35 del Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, así como por las Reglas de Conciliación.

⁴ Íbidem. Artículos 36 a 55 del Convenio CIADI, así como las Reglas de Arbitraje.

Su organización comprende un Consejo Administrativo (constituido por representantes de cada uno de sus Estados Contratantes y presidido por el Presidente del Banco Mundial) y un Secretariado, compuesto por el Secretario General (Vicepresidente y Consejero jurídico principal del Banco Mundial) por un Secretario General Adjunto y por los Consejeros jurídicos. Las funciones del Consejo Administrativo, de su Presidente y del Secretariado están reguladas por el Reglamento Administrativo y Financiero de CIADI y por el reglamento, consistiendo tanto en la administración de conciliaciones y arbitrajes de inversión, como en la nominación de árbitros por su Secretario General actuando como autoridad nominadora en arbitrajes ad hoc de inversión y en la resolución de incidentes de recusación de árbitros.

El sometimiento a CIADI y su Reglamento es voluntario, tan sólo condicionado a que los Estados firmantes sean parte del Convenio de Washington. De otro modo, el arbitraje –administrado asimismo por CIADI- se regirá por el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, también de 1 de enero de 2003.

5.2 NATURALEZA JURÍDICA

El arbitraje que contempla el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) es de un género muy especial. El arbitraje CIADI es un procedimiento neutral, completo y cerrado, basado en los principios de exclusividad y autonomía:

- El principio de exclusividad -expresión práctica de los efectos negativos del acuerdo arbitral y del principio *ne bis in idem*- implica la ausencia de protección diplomática, el agotamiento previo -en los casos que así se contemple- de los recursos internos del Estado receptor de la inversión y la opción excluyente, de forma que la elección inicial de uno de los

mecanismos de resolución previstos en los Tratados de Inversión descarta las demás opciones disponibles.

- El principio de autonomía -derivado de la aplicación de los efectos positivos del acuerdo arbitral- supone definir los criterios de identificación ley aplicable a la controversia en ausencia de acuerdo de las partes sobre este particular, prever un sistema autónomo de aclaración, revisión y anulación del laudo dictado y regular el reconocimiento y la ejecución del laudo.

Dentro del marco de la teoría general del arbitraje existen tres tipos de arbitrajes:

a) Arbitraje público: Un arbitraje será considerado público cuando las partes del mismo sean entes soberanos. Por ejemplo, el arbitraje de la Isla de la Pasión o Clipperton entre México y Francia, en 1909.⁵

b) Arbitraje privado: Un arbitraje será considerado privado cuando las partes del mismo sean particulares. A manera de ejemplo, piénsese en un arbitraje entre dos sociedades mercantiles seguido de conformidad con las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional.

c) Arbitraje mixto: El arbitraje es mixto cuando se presenta entre Estados soberanos, por un lado, y entes privados o particulares, por el otro. Es aquí donde se ubica el arbitraje del CIADI.

5.3 REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

El Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) es una institución *sui generis* que tiene un ámbito restringido de "jurisdicción", es decir, aunque las partes del

⁵ Dicho arbitraje se acordó como resultado del Tratado entre México y Francia para Someter a Arbitraje la Propiedad de la Isla de la Pasión del 2 de marzo de 1909. Otros ejemplos lo constituyen el arbitraje del Fondo Piadoso de las Californias, el Chamizal, y diversas Comisiones Mixtas de Reclamaciones tanto contra Estados Unidos como contra países europeos.

mismo así lo pacten, no cualquier tipo de arbitraje podrá ser seguido de conformidad con las reglas del mismo. Existen tres requisitos por satisfacer para que exista "jurisdicción"⁶ CIADI:

- A. *Consentimiento.*
- B. *Requisito ratione personae.*
- C. *Requisito ratione materiae.*

a) Consentimiento

Ambas partes deben haber consentido a la jurisdicción del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). La adhesión por parte de un Estado al Convenio CIADI no satisface el requisito de consentimiento, sino que el mismo debe darse para la controversia específica. A su vez, la adhesión al Convenio CIADI no impone obligación alguna de someter al arbitraje alguna controversia en particular. Pero, una vez otorgado el consentimiento, no puede ser retirado unilateralmente. De ello se asegura el Convenio CIADI. En este contexto, vale la pena hacer alusión a una excepción, o, más bien, redefinición de éste concepto. Tradicionalmente ha prevalecido el paradigma consistente en que el fundamento y condición sine qua non para que se dé un procedimiento arbitral es la existencia de un acuerdo arbitral válido en el cual las partes en cuestión hayan consentido a someter cualquier controversia que pudieren tener al arbitraje. Lo anterior presuponía la existencia de una relación contractual, ya sea que se manifestara mediante una cláusula arbitral o un compromiso arbitral independiente. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio de Washington de 6 de agosto de 1964 establece que «...aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar

⁶ Hablamos de "jurisdicción" puesto que es el término que, por conveniencia, se la ha dado en el Convenio CIADI a los requisitos de procedibilidad para que el secretario general del mismo considere admisible un caso. Sin embargo, en estricto sentido, en virtud de que no es el CIADI el que resuelve las controversias que se someten a su supervisión, sino los árbitros que para dicho propósito se designan, en estricto sentido no puede hablarse de jurisdicción, ya que dicho término alude a la facultad de resolver controversias aplicando leyes generales a un caso particular controvertido.

jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes...». De esta forma, la inversión sobre la que se plantee la controversia debe cumplir con los requisitos procedimentales exigidos por el Artículo 25 del Convenio de Washington para entender, afirmativamente, que concurre la jurisdicción del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI): constituir una inversión extranjera directa y versar sobre una diferencia de naturaleza jurídica sobre la inversión, comprensiva del derecho del inversor extranjero a su adecuada protección. Según Aron Broches, este Artículo delimita el perímetro dentro del cual las partes pueden activar sus mecanismos de resolución de controversias sobre inversión resultando aplicable a los supuestos de resolución de controversias entre Estados e inversores, previstos en los Tratados Bilaterales de inversión o Acuerdos de Inversión. En fechas recientes, este paradigma se ha venido relajando. Como resultado de la forma en la cual se han redactado ciertos cuerpos normativos con miras a atraer inversión extranjera, ha surgido lo que algún autor⁷ ha bautizado como "arbitraje en ausencia de relación contractual" (Arbitration Without Privity). Este tipo de arbitrajes han surgido con fundamento en una promesa por parte de un Estado huésped de la inversión para con los inversionistas extranjeros de ventilar cualquier controversia que pudiere surgir como resultado de su inversión mediante el arbitraje. Dicha promesa se ha presentado en dos tipos de cuerpos normativos:

a) Leyes en materia de inversión extranjera: Como ejemplo en este contexto puede mencionarse el caso SPP contra Egipto⁸ en el cual se encontró jurisdicción con base en la Ley de Inversiones Extranjeras Egipcia de 1974.

⁷ ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 10, Paulsson, Jan. "Arbitration Without Privity", pp. 232, 1995. A su vez, véase Craig, W. Laurence et al., International Chamber of Commerce Arbitration, 3a ed. Ed. Oceana Publications, Inc. United States of America. 2000. pp. 663 a 670.

⁸ Caso CIADI núm. ARB/84/3.

b) Tratados en materia de inversión: Como ejemplo puede citarse el caso AAPL contra Sri Lanka⁹ en el cual la demandante (una compañía de Hong Kong) fundó la jurisdicción del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) en base al tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Sri Lanka.

Habiendo mencionado lo referente a consentimiento, es necesario apuntar que el consentimiento por sí solo no basta puesto que, en adición a lo anterior, el CIADI es una institución con jurisdicción limitada por la naturaleza de las partes y la naturaleza del conflicto.

b) Requisito racione personae

El requisito subjetivo o racione personae (como se le conoce en el medio) consiste en que una de las partes en el arbitraje debe ser un Estado contratante del CIADI¹⁰ y la otra un nacional (ente privado) de otro Estado contratante. En lo que concierne al requisito de nacionalidad del ente privado e inversionista, ello se traduce en un requisito positivo y uno negativo al mismo tiempo. El requisito positivo es que el inversionista debe contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del Convenio CIADI. El requisito negativo consiste en que el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene una controversia.¹¹ Esta es la característica más asombrosa del Convenio del CIADI, la capacidad de un ente privado de proceder en forma directa en contra de un Estado en un foro internacional. La parte demandante no necesita la intervención de su gobierno. El Convenio del CIADI establece que cuando un inversionista y un Estado han consentido a someter sus controversias al arbitraje del CIADI, el Estado del inversionista no puede otorgar protección diplomática o arrogarse o entablar reclamación internacional alguna con

⁹ Caso CIADI núm. ARB/87/3.

¹⁰ O una parte, subdivisión o agencia del mismo, actuando con la aprobación del Estado.

¹¹ Existe una excepción. Una persona jurídica que cuente con la nacionalidad del Estado parte de la diferencia, puede considerarse como inversionista extranjero cuando las partes así lo hubieren acordado, por estar sujeta a control extranjero.

respecto a dicha controversia, a menos que el Estado huésped incumpla con el laudo.

c) Requisito razione materiae

El requisito razione materiae u objetivo engloba dos requisitos:

- 1) La controversia o diferencia debe ser de "naturaleza jurídica".

Durante las labores de redacción del Convenio del CIADI se hizo hincapié en el hecho de que el único tipo de controversias que podían ventilarse en el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) eran aquéllas de tipo jurídicas. Diferencias de carácter político, económico, financiero o comercial quedaban excluidas de la jurisdicción del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Es decir, diferencias relacionadas o que involucren riesgos no comerciales no están comprendidas dentro del ámbito de jurisdicción del CIADI. A su vez, al hablar de una controversia legal, necesariamente se estima que ello excluye conflictos de intereses.

- 2) La controversia o diferencia se deriva directamente de una "inversión".

En los travaux préparatoires uno se topa con que este punto ha sido enfatizado pero nunca se definió dicho concepto. La razón de ello obedece, no a un descuido por parte de los redactores de dicho instrumento, sino que al analizar el punto se encontraron con que la literatura económica variaba en lo que concierne a dicho concepto como también lo hacían las definiciones que acerca de ello brindaban diversas legislaciones en materia de inversión extranjera. Por consiguiente, se estimó más conveniente el dejar el término sin definir con el fin de que así lo analizaran los árbitros teniendo todas las circunstancias del caso a su disposición. A su vez, se consideró que el llegar a

una definición aceptable del término "inversión" estaba en un segundo plano frente al requisito esencial de consentimiento de las partes.¹²

5.4 DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

Mucho se podría decir acerca del procedimiento del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), sin embargo, para efectos del presente estudio me limitaré a mencionar dos principios vertebrales del mismo que son con frecuencia pasados por alto por las cortes locales que analizan los laudos CIADI:

a) Exhaustividad: Todo lo relativo al procedimiento arbitral esta regido en forma exhaustiva en el Convenio CIADI.¹³ El Convenio del CIADI constituye la *lex arbitri*.¹⁴

b) Hermeticidad: El Convenio del CIADI establece un régimen especial aislando de procedimientos locales al laudo derivado de un procedimiento del CIADI. Los únicos recursos son aquellos contemplados en el Convenio del CIADI.¹⁵

5.5 DERECHO APLICABLE AL FONDO

En las reglas de arbitraje del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), como en todas las reglas arbitrales modernas, rige el principio de autonomía de

¹² En este contexto, y como un comentario al margen, creo conveniente citar el caso *Fedax N. V. vs. Republic of Venezuela* (caso núm. ARB/96/3. Laudo de fecha 9 de marzo de 1998) en el cual se consideró que pagarés que incluso habían circulado debían ser considerados como una "inversión" y, por ende, se satisfacía el requisito correspondiente para jurisdicción CIADI. Si bien el resultado puede considerarse extremo, se invita al lector a estudiar los razonamientos del Tribunal Arbitral que son, desde un punto de vista legal y económico/financiero, complejos e interesantes.

¹³ Artículos 37-40 del Convenio (CIADI) Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

¹⁴ *Ibidem*. Artículo 44

¹⁵ *Ibidem*. Artículos 51-53.

la voluntad.¹⁶ Es decir, el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. En ausencia de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará la ley del Estado contratante involucrado en la controversia en cuestión (incluyendo su normas de derecho internacional privado) y el derecho internacional que resulte aplicable.¹⁷

En este orden de ideas resulta conveniente mencionar otro de los aspectos más interesantes y asombrosos (en opinión del autor) del esquema del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) y lo es que el artículo 42 del Convenio está diseñado de tal manera que en la resolución de la controversia el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del país en cuestión cotejándolo con el derecho internacional. Del anterior ejercicio puede suceder que el derecho local no se aplique, se vea desplazado, en caso de que el tribunal arbitral llegue a la conclusión que el mismo viola o no es conforme con el mínimo que exige el derecho internacional.

5.6 RECURSOS

En el esquema CIADI no hay apelación. Sin embargo, existen tres recursos que pueden utilizarse en contra del laudo emitido de conformidad con el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI):

a) Interpretación: Consiste en la solicitud de determinar e interpretar el significado o alcance de un laudo para alguna de las partes. Se procura que, en la medida de lo posible, dicho procedimiento sea sometido al mismo tribunal

¹⁶ Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 9, núm. 2, Shihata, Ibrahim F. I. y Parra, Antonio R., "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", ICSID. United States of America. 1994. p. 189.

¹⁷ Artículo 42 del CIADI.

que emitió el laudo. En caso de que esto sea imposible se constituirá un nuevo tribunal de conformidad con el Convenio CIADI.¹⁸

b) Revisión: Consiste en la solicitud basada en el descubrimiento de alguna circunstancia de hecho, cuya naturaleza sea decisiva y afecte el laudo. El hecho debe haber sido desconocido por el tribunal y el solicitante, y la ignorancia del solicitante de dicho hecho no se haya derivado de su propia negligencia.¹⁹

c) Nulidad: La nulidad del laudo puede ser solicitada en los siguientes casos:²⁰

- 1) Que el tribunal no se constituyó apropiadamente.
- 2) Que el tribunal excedió manifiestamente sus poderes.
- 3) Que existió corrupción en alguno de los miembros del tribunal.
- 4) Que existió alguna desviación seria de una regla fundamental de procedimiento.
- 5) Que el laudo no esté razonado.

En los casos en que se solicite la nulidad, ésta no se somete al tribunal que emitió el laudo original sino a un comité ad hoc constituido por tres miembros seleccionados por el presidente del Consejo Administrativo del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). El comité podrá anular el laudo en todo o en parte.

¹⁸ Artículo 50 del Convenio CIADI. Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

¹⁹ Íbidem. Artículo 51.

²⁰ Íbidem. Artículo 52.

En caso de que el Estado contratante no cumpla con sus obligaciones bajo el laudo, se generan dos consecuencias jurídicas:

a) El renacimiento del derecho a la protección diplomática (mismo que hasta entonces había quedado suspendido, por virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio CIADI).

b) Procedimientos en contra del Estado recalcitrante ante la Corte Internacional de Justicia.²¹

Mientras no se instaure alguno de los recursos anteriormente mencionados, el laudo tiene fuerza de res judicata y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Convenio CIADI, se le da entera fe y crédito internacional al mismo (ante los demás Estados contratantes) ya que dicho precepto requiere que los Estados contratantes del Convenio CIADI otorguen el mismo trato a un laudo CIADI del que darían a una sentencia final de una corte de un tribunal doméstico.

La obligación anteriormente descrita es especialmente importante si se tiene en cuenta que bajo el derecho consuetudinario internacional no existe la obligación de reconocer o ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros,²² ya que tal homologación queda sujeta a la ley interna del Estado ante el cual se solicitó, a menos que existan tratados concluidos por el Estado en cuestión que resulten aplicables.

²¹ Artículo 64 del Convenio (CIADI) Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

²² Dicha deficiencia del derecho internacional se ha intentado enmendar mediante diversas convenciones internacionales en materia de ejecución de laudos arbitrales extranjeros como lo han sido la Convención de Ginebra de 1927, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, la Convención Europea en Materia de Arbitraje Internacional (Ginebra, 1961), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), y la Convención de Montevideo de 1979.

5.7 EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

Con posterioridad a la creación del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), el Secretariado recibió múltiples cuestionamientos acerca de la posibilidad de que el mismo prestara sus servicios con respecto a controversias en las que figuraran Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio del CIADI y, por consiguiente, no tuvieran acceso a la jurisdicción del CIADI.

Como resultado de lo anterior, el 27 de septiembre de 1978 el consejo administrativo del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobó las reglas del mecanismo complementario del CIADI por virtud del cual el Secretariado del CIADI puede administrar procedimientos que originalmente están fuera del ámbito de jurisdicción de dicho centro. Bajo el mecanismo complementario, tres tipos de procedimientos pueden ser administrados, que de otra manera no cumplirían los requisitos de jurisdicción del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados:

a) Supliendo la deficiencia de requisito *Ratione Personae*: Cuando una de las partes no sea Estado parte o nacional de un Estado parte.

b) Supliendo la deficiencia de requisito *Ratione Materiae*: Cuando la controversia no surja directamente de la inversión. En este caso, el secretario general del CIADI dará su aprobación únicamente si la transacción que dio origen a la controversia tiene características que lo distingan de transacciones comerciales internacionales ordinarias. Lo anterior para evitar que el CIADI se convierta en un foro de arbitraje comercial internacional.

c) Determinación de hechos (*Fact-Finding Proceedings*): Procedimientos en los cuales se busca únicamente la determinación de hechos, más no resolver controversias.

La razón de incluir procedimientos Fact-Finding en el mecanismo complementario, fue que se percibió la necesidad, en los círculos públicos y privados, de dicho tipo de procedimientos en situaciones de precontroversia. Lo anterior resulta útil en la medida que proporciona a las partes un análisis imparcial y frío de los hechos (no derechos) los cuales en ciertos casos pueden prevenir que diferencias de punto de vista o de apreciación de los hechos empeoren o se magnifiquen hasta convertirse en controversias legales.

La razón de todo lo anterior ha sido para promover el uso del Convenio CIADI en mayor número de casos posibles. Un requisito que vale la pena tener en mente acerca del uso del mecanismo complementario, lo es que el acceso al uso del mecanismo complementario está sujeto a la aprobación previa por parte del secretario general.²³

5.7.1 CONSECUENCIAS DE SEGUIR ARBITRAJES BAJO EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

Es importante mencionar que un procedimiento seguido de conformidad con el mecanismo complementario, lleva aparejado una consecuencia legal de suma importancia: ninguna de las disposiciones del Convenio CIADI serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión.²⁴ Por lo anterior, los procedimientos y laudos arbitrales no estarán aislados del derecho local y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (la *lex arbitri*) incluidas las convenciones internacionales que resulten aplicables.

Lo anterior cobra mayor importancia si se tienen en mente los principios vertebrales que rigen el procedimiento del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), mismos que fueron expuestos con anterioridad.

²³ Artículo 4o. de las Reglas del Mecanismo Complementario del Convenio (CIADI) Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

²⁴ *Ibidem*. Artículo 3o.

5.8 CASOS EN LOS QUE MÉXICO HA SIDO PARTE

México ha sido parte de más de seis²⁵ procedimientos arbitrales ante el CIADI (mediante el uso del mecanismo complementario) de los cuales únicamente tres han concluido. A continuación se hará una somera mención de estos casos con la finalidad de proceder a comentar su incidencia sobre nuestro tema.

1. Caso: Robert Azinian y otros contra Estados Unidos Mexicanos²⁶.

Los demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca iniciaron un procedimiento al amparo del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) en su carácter de accionistas de la sociedad Desechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V. (Desona) que era concesionaria de un contrato para la recolección de desechos de Naucalpan de Juárez. En resumidas cuentas, el Ayuntamiento revocó la concesión fundamentando su actuar en una serie de 'irregularidades' detectadas en relación con la conclusión y cumplimiento de la concesión. Después de un procedimiento se comprobó que de 27 aparentes irregularidades, nueve habían sido probadas. Después de haber perdido dicho procedimiento, así como un amparo en contra de la resolución, los demandantes procedieron a iniciar el procedimiento bajo el TLCAN el día 17 de marzo de 1997.

Dado el propósito de este comentario, no abundaré acerca de los detalles del laudo. Lo que es importante tener en mente es la conclusión y algunos de los razonamientos que dieron lugar a la misma. La conclusión fue indubitable: México ganó en todos los puntos. Las razones fueron no sólo que

²⁵ Robert Azinian and others vs. United Mexican States (caso CIADI núm. ARB(AF)/97/2); Metalclad Corporation vs. United Mexican States (caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1); Waste Management, Inc. vs. United Mexican States (caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2); Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States (caso núm. ARB(AF)/99/1); Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. vs. United Mexican States (caso núm. ARB(AF)/00/2); Waste Management, Inc. vs. United Mexican States (caso núm. ARB(AF)/00/3) registrado el 27 de septiembre de 2000. Como comentario al margen, en virtud del número señalado, México es el segundo país del mundo con mayor número de controversias con inversionistas extranjeros que son ventilados ante el CIADI. El Congo es el único país que le gana.

²⁶ Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/2. Laudo de fecha 1o. de noviembre de 1999.

los demandantes no prevalecieron en sus pretensiones, sino que el actuar de las autoridades mexicanas, tanto el Ayuntamiento como los tribunales mexicanos, fue considerado como apropiado inclusive ante las exigencias del derecho internacional aplicable.

2. Caso: Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos²⁷.

Este caso involucró la controversia derivada de la inversión que el demandante Metalclad (Metalclad Corporation, una sociedad constituida bajo las leyes de Delaware, EUA) realizó en el Estado de San Luis Potosí.

Metalclad era la accionista al 100% de las acciones representativas del capital social de Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V. (Econsa) misma que adquirió a Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. ("Coterin", una sociedad mexicana) con la finalidad de desarrollar y operar la estación de residuos peligrosos en el Valle de la Pedrera, ubicado en Guadalcazar, San Luís Potosí. La empresa "Coterin" obtuvo permisos para construir y operar un confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, Guadalcazar. El municipio ordenó la suspensión de actividades ante la ausencia de un permiso de construcción, mismo que el municipio sostenía ser de su competencia y al margen de los permisos federales obtenidos. Metalclad, ante esto, argumentaba estar sorprendida puesto que al tramitar todos los permisos correspondientes las autoridades le aseguraron que los únicos permisos necesarios eran los federales. Sin embargo, al suceder lo anterior las autoridades ambientales federales le manifestaron que lo único que tenía que hacer es solicitar dicho permiso, mismo que no era más que un trámite y se le daría en forma casi inmediata. Siguiendo el anterior consejo, Metalclad reanudó la construcción solicitando el permiso del municipio. Poco tiempo después obtuvo un permiso adicional (federal) por parte del Instituto Nacional de Ecología para dicho propósito.

²⁷ Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1. Laudo de fecha 30 de agosto de 2000.

El 5 de diciembre de 1995, más de un año después de haber sido solicitado el permiso y casi concluida la construcción, se negó formalmente el permiso municipal. Dicha negativa se motivó por el hecho de que Metalclad había comenzado a construir con anterioridad a haber obtenido el permiso de construcción municipal.

El Tribunal Arbitral sostuvo que la conducta por parte de los funcionarios mexicanos vis-à-vis Metalclad era violatoria del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en dos aspectos:

a) Deber de transparencia:²⁸ El tribunal consideró que dentro del deber de transparencia está incluida la obligación de hacer claros y de fácil consulta todos los requisitos que un inversionista debe cumplir con el fin de iniciar, completar y operar con éxito una inversión. No debe haber duda alguna, y cualquier confusión debe ser despejada por el Estado huésped para darle seguridad al inversionista extranjero y que pueda proseguir con su inversión.

El tribunal consideró que, ante las circunstancias del caso, México incumplió el deber de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación e inversión de Metalclad. En la opinión del tribunal, el total de las circunstancias del caso demuestran, por una lado, la ausencia de una regla clara en relación con el requisito (o ausencia del mismo) de contar con un permiso de construcción municipal, y, por otro, la falta de un proceso ordenado y respetuoso de los términos en relación al inversionista, actuando ante la expectativa de que sería tratado en forma justa y equitativa de conformidad con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

²⁸ Artículo 102(1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Los actos del municipio con posterioridad a la negación del permiso de construcción, en conjunción con deficiencias sustantivas y procesales²⁹ forzaban la conclusión que la insistencia en el permiso de construcción y negación del mismo por parte del municipio no había sido apropiada, en virtud de que las facultades del municipio no incluyeron aquellas relacionadas con residuos sólidos e industriales que no están considerados como peligrosos, facultades que sólo corresponden a las autoridades federales.

- a) **Expropiación:**³⁰ El Tratado de Libre Comercio para América del Norte dispone que ninguna de las partes puede, directa o indirectamente, expropiar una inversión o tomar una medida³¹ equiparable a una expropiación, excepto: (a) por causa de utilidad pública; (b) en forma no discriminatoria; (c) de conformidad con el principio de legalidad y el artículo 1105(1); y (d) mediante el pago de una compensación.

El tribunal sostuvo, sin que sea estrictamente necesaria para su conclusión, que México expropió en forma indirecta la inversión de Metalclad sin pago de compensación alguna en razón de la forma en que se aplicó un decreto ecológico que tenía por resultado evitar permanentemente el uso por Metalclad de su inversión, constituía una medida equiparable a una expropiación, en violación a lo dispuesto en el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

²⁹ Existieron algunos factores que el tribunal consideró como agravantes del caso. Uno de ellos fue que no se notificó a Metalclad de la junta municipal en la cual se decidió negar el permiso de construcción ni se le permitió manifestar lo que a su derecho considerara conducente. Asimismo, la forma y plazo en que se le negó el permiso -trece meses después de haber sido solicitada y casi terminada la construcción-. Finalmente, ninguna de las razones que se incluyeron como fundamento para negar el permiso de construcción eran las que estaban comprendidas dentro de las facultades del municipio, por lo cual el tribunal encontró que el permiso se negó en forma infundada ya que su motivación no aludía a cuestiones relacionadas con la construcción o aspectos físicos de la misma, incluyendo defectos.

³⁰ Artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

³¹ El término "medida" está definido en el artículo 201(1) e incluye cualquier ley, reglamento, proceso, requisito o práctica.

3. Caso: Waste Management, Inc. Contra Estados Unidos Mexicanos³²

Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. (Waste Management) actuando por su propia cuenta y por cuenta de Acaverde, S. A. de C. V. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los artículos 1105 y 1110 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, por parte de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras), el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez.

No trataremos los hechos en la medida en que la decisión del tribunal se limitó a tomar una decisión jurisdiccional, por lo que la sustancia del caso que dio origen a dicha controversia no consta en el laudo. El tribunal decidió que, en la medida en que los demandantes no se habían desistido de las demandas entabladas a nivel local en México, el requisito de renuncia al ejercicio de iniciar o continuar recursos locales, exigido por el artículo 1121(2)(b) del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, no se había cumplido y, por consiguiente, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.³³

³² Caso (CIADI) Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.núm. ARB(AF)/98/2. Laudo jurisdiccional de fecha 2 de junio de 2000.

³³ La opinión disidente del árbitro Keith Highet, que considera que los recursos locales no son incompatibles con el procedimiento bajo el capítulo XI del TLCAN en la medida en que no versan sobre los mismos fundamentos jurídicos con base en los cuales se demandó.

CAPÍTULO SEXTO

ARBITRAJE DENTRO DEL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.

I. ANTECEDENTES.

Las negociaciones para el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, iniciaron en el mes de junio de 1991 y 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 1o. de enero de 1994.¹ El propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio. En cuanto a su contenido, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte se divide en:

PRIMERA PARTE

Aspectos Generales

- Capítulo I: Objetivos.
- Capítulo II: Definiciones generales.

SEGUNDA PARTE

Comercio de Bienes

- Capítulo III: Trato Nacional y Acceso de Bienes al Mercado.
- Capítulo IV: Reglas de Origen.
- Capítulo V: Procedimientos Aduaneros.

¹El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de diciembre de 1993.

- Capítulo VI: Energía y Petroquímica Básica.
- Capítulo VII: Sector Agropecuario y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- Capítulo VIII: Medidas de Emergencia.

TERCERA PARTE

Barreras Técnicas al Comercio

Capítulo IX: Medidas Relativas a Normalización.

CUARTA PARTE

Compras del sector público

Capítulo X: Compras del sector público.

QUINTA PARTE

Inversión, servicios y asuntos relacionados

Capítulo XI: Inversión.

Capítulo XII: Comercio transfronterizo de servicios.

Capítulo XIII: Telecomunicaciones.

Capítulo XIV: Servicios financieros.

Capítulo XV: Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado.

Capítulo XVI: Entrada temporal de personas de negocios.

SEXTA PARTE

Propiedad intelectual

Capítulo XVII: Propiedad intelectual.

SÉPTIMA PARTE

Disposiciones administrativas institucionales

Capítulo XVIII: Publicación, notificación y administración de leyes.

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

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

OCTAVA PARTE

Otras disposiciones

- Capítulo XXI: Excepciones.
- Capítulo XXII: Disposiciones finales.

El artículo 102 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte establece los objetivos del tratado que, incluidos el principio de trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y la transparencia, sirven junto con el derecho internacional como criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado y que son:²

1. Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre las partes;
2. Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
3. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes;
4. Proteger y hacer valer, de manera efectiva los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada parte;
5. Establecer procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias;
6. Fijar los lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del Tratado.

Además, las partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio(GATT).³

² Fernández Rozas, José Carlos. *Derecho del comercio internacional*. Ed. Eurolex, , Madrid. 1996 pp. 75 y 76.

³Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) Artículo 103.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, es sin duda "el tratado más importante en materia de comercio en la historia de los tres Estados".⁴ Se enmarca dentro de las excepciones que establece el artículo XXIV del GATT, que permite a dos o más Estados otorgarse recíprocas concesiones comerciales sin tener que hacerlas extensivas al resto de los países parte.⁵

En ese sentido, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte crea una zona de libre comercio, primer paso dentro de los niveles de integración económica,⁶ aunque en realidad, en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) se incorporan algunos elementos o características propias de niveles de integración más avanzados, como son, de acuerdo con Patiño Manfer, la eliminación de restricciones a la libre circulación de factores productivos diversos a las mercancías tales como el comercio de servicios, de capitales y la tecnología, la armonización de ciertas políticas económicas y la solución de controversias con decisiones obligatorias para los miembros.⁷

En cuanto a su naturaleza jurídica, en México el Tratado de Libre Comercio para América del Norte es un tratado internacional entre Estados regido por el derecho internacional público, negociado por el Poder Ejecutivo conforme al artículo 89, fracción X, constitucional, aprobado por el Senado, artículo 76, fracción I, constitucional y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

Es por ende de carácter autoaplicativo, mientras que en el orden jurídico estadounidense el tratado solamente surte efectos cuando su Congreso expide una ley que lo hace valer y que en ocasiones indica criterios para su aplicación e interpretación.

⁴ Ortiz Ahlf. Op. cit. , p. 3.

⁵ Martínez Vera, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior* Ed. McGraw-Hill. México, 1997. p. 264.

⁶ *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 35, núm. 1. Nieves-Morillo, Luis, "TLC: Mecanismo de resolución de controversias y el arbitraje comercial internacional". Puerto Rico.1996. pp.35y36.

⁷ Patiño Manfer, Ruperto, "Acceso a mercados". *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*. Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993. p.113.

6.2 MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CAPÍTULO XI

La necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía fueron los dos elementos destacables de la estrategia de negociación del gobierno de México en el capítulo de inversión en el Tratado.⁸

El Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se divide en dos secciones, la A y la B. La sección A se refiere a la inversión en el territorio de las partes del Tratado, su ámbito, el nivel mínimo de trato a otorgarse a los inversionistas de una parte, que no podrá ser menos favorable que el otorgado a los nacionales del país de que se trate en circunstancias similares, así como la aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida.

La sección B del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos. Se pretende con el Capítulo XI, ofrecer un clima más atractivo a las inversiones extranjeras en México,⁹ de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho.

Dicho mecanismo se encuentra en la sección B del Capítulo XI.¹⁰ El mecanismo busca asegurar un trato igual entre inversionistas de las partes del tratado, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y de debido proceso legal ante un tribunal imparcial.¹¹

⁸ Heftye Etienne, Fernando, "El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica", *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Ed. Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho. México 1993. p.31.

⁹ *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 28, núm. 2. José E. Álvarez. "North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven. USA. 1996-1997. p. 305.

¹⁰ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar. "El arbitraje: los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México". *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Ed. Porrúa-UNAM, tomo. VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 2002.

¹¹ Artículo 1115 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

El sistema que se utilizará para resolver las controversias es, como señalamos, el arbitraje, pero primero deberá acudirse a las consultas y a la negociación.¹² El artículo 1116 establece que el inversionista de un Estado parte podrá someter al arbitraje una reclamación en el sentido de que otro Estado parte ha violado una obligación relativa a:

1. La sección A del Capítulo XI relativa al concepto de inversión, trato nacional, nivel de trato, requisitos de desempeño, transferencias, expropiación e indemnización, apertura sectorial, altos ejecutivos y consejos de administración, y denegación de beneficios.¹³

2. El artículo 1503(2) relativo a la obligación de los Estados parte de que las empresas de Estado actúen en conformidad con los Capítulos XI y XIV del Tratado.

3. El párrafo 3(a) del artículo 1502 relativo a monopolios y empresas de Estado, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la parte de conformidad con la sección A del Capítulo XI.

4. Que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

Cabe destacar que el inversionista pierde su derecho a presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

De acuerdo con el artículo 1120 del Tratado, para que un inversionista pueda someter una reclamación al arbitraje, deben haber transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que la motivaron.¹⁴

¹² Íbidem. Artículo 1118 Sobre el tema de solución de controversias en el tema de inversiones.

¹³ Íbidem. Artículos 1101 a 1114.

¹⁴ México hizo una importante reserva a este artículo al señalar que no se le podrá demandar invocando violaciones al TLCAN tanto en un procedimiento arbitral conforme al Capítulo XI como en un tribunal judicial o administrativo mexicano, siendo jurisdicciones excluyentes entre sí.

El arbitraje del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se puede llevar a cabo conforme a alguno de los siguientes reglamentos de arbitraje:

1. El convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),¹⁵ siempre y cuando tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo;

2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean parte del CIADI;¹⁶

3. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL. Como señala Claus Von Wobeser, a la fecha sólo los Estados Unidos de América son parte del CIADI, no siéndolo ni México ni Canadá.

Por tanto, mientras Canadá y México no se adhieran a ese Convenio, los arbitrajes del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se regularán siempre por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o por las Reglas de UNCITRAL. En cambio se regularán por el Mecanismo Complementario cuando el inversionista sea de los Estados Unidos de América o el demandado sea este país y por las Reglas de UNCITRAL en todos los demás casos. Por tanto los conflictos entre inversionistas canadienses y México o entre inversionistas mexicanos y Canadá se regularán por las Reglas de UNCITRAL.¹⁷

¹⁵ Vives Chillida, Julio A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Ed. McGraw-Hill, Madrid. España. 1998 pp. 126 y 136

¹⁶ Pauta, *Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, núm. 32. González de Cossío, Francisco. "México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones". México. 2001, p. 38.

¹⁷ Von Wobeser, Claus, "Arbitraje entre Estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México", *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*, México, undécima época, t. XII, núm. 2, segundo semestre de 1999, p. 25. Sobre este capítulo véase también a Pérez Miranda, Rafael, en la Revista Alegatos sobre "La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia", número 32. México. 1996.

Cada uno de los Estados parte consintió en someter reclamaciones al arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte. El consentimiento y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte de un inversionista contendiente deberá hacerse por escrito y cumplir con los requisitos establecidos en el capítulo II del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario; el artículo II de la Convención de Nueva York o el artículo I de la Convención Interamericana que requiere un acuerdo.¹⁸ El tribunal arbitral se integrará por tres árbitros, cada parte contendiente podrá nombrar uno y el tercero, presidente del tribunal, será designado de común acuerdo de las partes. En caso de que una de las partes no designen al arbitro que les corresponde o cuando las partes contendientes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del presidente corresponde al secretario general del CIADI su nombramiento.¹⁹ Salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se lleva a cabo en el territorio de un Estado parte que sea parte de la Convención de Nueva York, determinado de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje en particular.²⁰ Esto se contempló con la intención de evitar que el procedimiento se desahogase en jurisdicciones ajenas a la región.

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con el texto del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y con las disposiciones aplicables del derecho internacional. En lo que se refiere al laudo arbitral, éste será obligatorio y podrá considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive en el caso de la restitución de la propiedad. Cabe destacar que el tribunal arbitral sólo podrá otorgar daños pecuniarios e intereses debidos, en ciertos casos la restitución de la propiedad al inversionista, quedando vedada la posibilidad de condenar al pago de intereses punitivos.²¹

¹⁸ Artículo 1122 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹⁹ Von Wobeser, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 26.

²⁰ *Ibidem*. Artículo 1130.

²¹ Revista The Harvard Law School Association De Legibus. Siqueiros, José Luis. "Una visión panorámica de los mecanismos de arbitraje entre Estados e inversionistas". Núm 1. México, 2002, pp.103y104.

El Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte constituye así un novedoso instrumento de solución de controversias, con plena vigencia práctica, que se refleja en casos importantes como el "Caso Azinian"²² cuyo laudo se dictó el primero de noviembre de 1999, favorable a México.²³

Este mecanismo no deja de ser inequitativo y discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales quienes no podrán acudir a los paneles en cuestión si el problema posible lo causa una decisión de autoridad mexicana. Durante las negociaciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte Rodolfo Cruz Miramontes manifestó públicamente el rechazo a tal tratamiento y a la posible afectación de la Cláusula Calvo (publicada en el periódico *El Nacional* de 3 de junio de 1992). Algunos estudiosos en la materia lo explican como una medida más política que jurídica ya que el Tratado de Libre Comercio para América del Norte "...significa en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México".²⁴

6.3 LAS NOTAS INTERPRETATIVAS DE CIERTAS DISPOSICIONES DEL CAPÍTULO XI

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio para América del Norte emitió en la Ciudad de Washington D. C. unas *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI* para aclarar y confirmar el significado de algunos de sus artículos. Conocer su contenido es importante para entender el desarrollo de los procedimientos a partir de su fecha de emisión.²⁵

²² Caso núm. ARB(AF)/97/2 de 24 de marzo de 1997, entre *Robert Azinian y otros vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

²³ News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration. vol.14, núm. 1. Estavillo Castro, Fernando. "Azinian vs. México: First Final Award Rendered under Chapter Eleven of NAFTA". Estados Unidos de Norteamérica 2000, y "Solución de controversias en materia de inversión, conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Pauta, del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, Boletín informativo* núm. 29. México, año 1999,

²⁴ *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Jurídica*, Pereznieta Castro. Leonel. "Algunos aspectos del Sistema de Solución de Controversias en el Tratado Norteamericano de libre Comercio", México. 1994.

²⁵ <http://www.dfait-maeci.gc.ca>

El documento firmado por los señores Robert B. Zoellick (United States Trade Representative), Luis Ernesto Dérbez Bautista (Secretaría de Economía de México) y Pierre S. Pettigrew (Minister for International Trade del Canadá) se refiere a dos temas en particular que son: *a)* el Acceso a Documentos y *b)* el Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional.

A. Acceso a documentos

Se establecen los siguientes puntos:

1. Nada en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte impone un deber general de confidencialidad a las partes en la disputa en un arbitraje del Capítulo XI y sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte impide a las partes proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del Capítulo XI.

2. Nada en las Reglas de Procedimiento aplicables conforme al artículo 1120(2) impone un deber de confidencialidad a las partes para proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del Capítulo XI.

En virtud de lo anterior, las partes se comprometen a poner a disposición del público en el menor tiempo posible todos los documentos presentados ante o emitidos por un tribunal arbitral del Capítulo XI, sujetos a las limitaciones de divulgación derivadas de la información confidencial de negocios, información privilegiada u otra información que la parte deba retener conforme a las reglas de procedimiento aplicables. Asimismo, las partes señalan que la información confidencial o privilegiada podrá compartirse con aquellas personas directamente relacionadas con el caso en disputa para la presentación del mismo caso, o bien, con los funcionarios públicos correspondientes, asegurando siempre el mantenimiento de dicha información como confidencial o privilegiada. Se deja claro que estas notas interpretativas no obligan a las partes a divulgar información que afecte a la seguridad nacional o impida el

cumplimiento de las leyes conforme a los artículos 2102 y 2105. Este acuerdo es de gran importancia, ya que los procedimientos se han llevado tradicionalmente con gran secrecía y reserva. En su implementación, llama la atención que las páginas web del Departamento de Estado de los Estados Unidos y del Ministerio de Asuntos Internacionales de Canadá no contienen la misma información sobre los casos existentes, llama más la atención que en la correspondiente de la Secretaría de Economía no aparece información alguna hasta el mes de junio de 2003.

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

Las partes confirmaron que el artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las partes. En este sentido conceptos como "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad totales" no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el derecho internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato para un extranjero. Finalmente, las partes hacen una declaración que debe tomarse en cuenta en los procedimientos subsecuentes consistente en que la determinación de que ha habido una violación a alguna disposición del Tratado de Libre Comercio para América del Norte o de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105(1).

El tema del nivel mínimo de trato se ve ahora acotado por las notas interpretativas, en favor de los gobiernos que reciben la inversión extranjera, beneficio que se refuerza con la aclaración hecha al final de las *Notas* en relación a la violación de otra disposición del tratado.

7. 4 CONFLICTOS A LOS QUE SE APLICA EL ARBITRAJE DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

El derecho a recurrir a un tribunal arbitral lo tiene el inversionista de una parte o el inversionista de una parte en representación de una empresa de otra parte a la que él controla directa o indirectamente, o de la cual es propietario, contra el Estado que no hubiera cumplido la obligaciones contraídas en el capítulo de inversión incluyendo empresas del estado y monopolios del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, a causa de las cuales el actor hubiera sufrido pérdidas o daños.²⁶

El inversionista de una parte podrá someter a arbitraje una demanda en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación la cual podrá estar establecida en:

- La sección A, que establece el concepto de inversión, nivel de trato a la inversión. Apertura sectorial, requisitos de desempeño, transferencia, expropiación y compensación, actividades reservadas al Estado Mexicano. Se trata de los derechos sustantivos en materia de inversión extranjera.
- Artículo 1503 “Empresas de Estado”. Obliga a los Estados parte a asegurarse de que las Empresas de Estado actúen de conformidad con los capítulos XI y XIV del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado como la facultad de expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas y derechos.
- Párrafo 3 artículo 1502, “monopolios y empresas de Estado”, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de una Parte conforme a la sección A y que el

²⁶ Artículo 1126 y 1117 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

inversionista o la empresa hayan sufrido daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

En relación a los dos puntos anteriores, el tratado establece en el artículo 1116, la limitación de que el inversionista no podrá presentar una demanda o reclamación si han transcurrido más de tres años contados a partir de la fecha en que el inversionista tuvo conocimiento por primera vez de la presunta violación, así como las pérdidas o daños sufridos.²⁷

El artículo 1122 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte establece que hay consentimiento al arbitraje cuando:

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

2. El consentimiento del párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en :

a) El Capítulo II del convenio del CIADI (Jurisdicción del centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las Partes;

b) El artículo II de la Convención de Nueva York,²⁸ que exige un acuerdo por escrito;

c) El artículo I de la Convención Interamericana que requiere un acuerdo.²⁹

²⁷ Ortiz Alfth Op. cit. p.111

²⁸ Se trata de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, firmada en Nueva York el 10 de Junio de 1958. Los tres países signatarios del TLCAN son parte de esta Convención.

²⁹ Convención Interamericana sobre Arbitraje comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de Enero de 1975.

Una reclamación se considera sometida a arbitraje cuando:

- la solicitud para arbitraje a sido recibida por el Secretario General del CIADI;
- La notificación de arbitraje ha sido recibida por el Secretario General del CIADI.
- La notificación de arbitraje, contemplada en las Reglas de Arbitraje del CNUDMI, se ha recibido por la Parte contendiente.

Después de saber a que conflicto aplicaremos el arbitraje dentro del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, es importante mencionar que los elementos que componen la institución arbitral son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal Arbitral, que es el punto que estudiaremos a continuación.

6.5 TRIBUNALES ARBITRALES

El Tribunal Arbitral tendrá como sede el territorio de la Parte que sea Parte de la Convención de Nueva York elegido de acuerdo a las normas aplicables al caso concreto, es decir de conformidad con el Convenio del CIADI o el Mecanismo Complementario de éste, así como por las reglas de arbitraje del CNUDMI. Esto no es una regla absoluta, ya que las partes contendientes pueden acordar otra cosa.

6.6 CONSTITUCIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL

El sistema de solución de controversias en materia de inversión diverge a los que establece los capítulos XIX y XX, entre otros aspectos en el correspondiente a la constitución de un tribunal arbitral.

El artículo 1123 establece que el tribunal arbitral deberá integrarse de tres árbitros, a menos que las partes acuerden una integración diferente, los cuales serán elegidos una por cada una de las Partes y el tercero por común acuerdo entre las Partes, el cual presidirá el tribunal arbitral.³⁰

El arbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a el, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes. Se prevé un mecanismo especial para la acumulación de reclamos vinculados a un mismo caso³¹ con el objeto de obtener una resolución justa y eficiente, ya que se podrían dar resoluciones contradictorias. La parte contendiente que pretenda someter su reclamación a la acumulación de procedimientos, porque estos tengan en común cuestiones de hecho o de derecho, tendrá que solicitar la instalación de un panel arbitral.

Antes de iniciar el procedimiento de arbitraje, el inversionista debe aceptar las normas de la sección B del capítulo XI y renunciar a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales del derecho interno. Esta renuncia debe realizarse por escrito y debe de entregarse al Estado Parte contra el que se presenta la demanda, así como incluirse en la solicitud de arbitraje. En el caso de Estados Unidos y Canadá el inversionista deberá hacer la renuncia antes mencionada, con respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte lo cual no impide que agote esas instancias antes de recurrir a arbitraje. En el caso de México el procedimiento arbitral es excluyente de la vía ante tribunales nacionales y viceversa.³²

³⁰ Claus, Von Woberser. Op. cit. p. 25

³¹ Artículo 1126 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

³² Pérezcano Díaz. Op. cit. p. 289

El Estado Parte deberá notificar a los otros Estados Parte la reclamación presentada, a más tardar 30 días después de la fecha de en que se sometió la reclamación a arbitraje y deberá entregar copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento.³³ El tribunal podrá adoptar las medidas provisionales que considere que son necesarias para preservar los derechos de las Partes que están en conflicto o para que la jurisdicción el tribunal surta efectos plenos.³⁴

6.7 AGOTAMIENTO DE INSTANCIAS LOCALES

El agotamiento de las instancias locales y el arbitraje son excluyentes, excepto por los procedimientos internos a través de los cuales se solicite una medida precautoria que no implique el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial según los que establece el artículo 1121 el Tratado de Libre Comercio para América del Norte que habla del requisito de la renuncia a los procedimientos internos.

En este Tratado no existe la exigencia de agotamiento de los recursos internos, ya que tales recursos siguen disponibles hasta el momento en que la diferencia se somete al arbitraje conforme al Capítulo XI, pero es importante señalar que una vez que la diferencia se ha sometido a arbitraje, sea cual sea el resultado de éste, ya no se va a poder recurrir a otro procedimiento reclamando la misma medida.³⁵

Conviene explicar el alcance y los efectos que hace el procedimiento arbitral del capítulo XI de la vía local y éste de aquél.

³³ Artículo 1127 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

³⁴ Las medidas provisionales son aquellas medidas que se usan para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta efectos, e incluso para preservar las pruebas que estén en posesión de la contraparte.

³⁵ Texto tomado del caso número ARB(AF)/00/3. Laudo arbitral, Waste Management contra Estados Unidos Mexicanos. p.14

La diferencia de regímenes responde, fundamentalmente, a los siguientes factores:

a) La necesidad de evitar la 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.

b) El contexto Jurídico Internacional constituido principalmente con el Convenio el CIADI, que señala en su artículo 26 que el consentimiento al arbitraje se entenderá con exclusión de otro recurso, sin perjuicio de que los Estados Unidos y Canadá el agotamiento previo e las vías administrativas o judiciales.

c) La distinta recepción de derecho interno en cada una de las Partes del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. En México por disposición constitucional, los tratados internacionales suscritos por el presidente de la república y aprobados por el Senado, son la ley suprema de la Unión y por ello, es que no requieren los actos ulteriores para su validez y aplicación. En Estados Unidos y Canadá, el Tratado requiere ser implementado a través de la legislación nacional para su aplicación.³⁶

Por lo tanto el régimen adoptado por México impide que una misma violación al Tratado se reclame en dos foros distintos y que tanto las decisiones de los jueces puedan ser revisadas por los árbitros, como las de estos, por los jueces. Este problema no se presenta en Estados Unidos y Canadá ,porque al no ser susceptible el Tratado de Libre Comercio para América del Norte de aplicarse directamente, sino se requiere, de una legislación de implementación, los sistemas jurídicos respectivos no otorgan a los particulares un derecho de acción para reclamar las violaciones al tratado ante tribunales nacionales, por ello es que no se presenta la duplicidad de foros, toda vez de que el arbitraje no verse sobre la legislación que implementa el tratado , sino las disposiciones del

³⁶ Pérezcano Díaz, Hugo. Op. cit. p. 289

mismo.³⁷ Las disposiciones del TLCAN que establecen el derecho del inversionista extranjero a recurrir a arbitraje a efecto de solucionar diferencias con el Estado anfitrión, constituye una seria ruptura de México con su posición internacional y su orden interno, en lo que hace al tratamiento de la inversión extranjera, debido que va en contra de lo que establece la Doctrina Calvo.³⁸

Según ésta, los extranjeros al considerarse como nacionales respecto de sus inversiones, están obligados a recurrir a los tribunales competentes como a los que los mexicanos tienen acceso para hacer valer sus derechos y ventilar los conflictos que llegaren a suscitarse, esto se debe a que renuncian a la protección diplomática de sus países, ya que si no lo hacen perderán sus bienes a favor de la nación mexicana.³⁹ Hay dos puntos por los que se puede decir que se viola la Cláusula Calvo:

1) Se otorga a la inversión de un inversionista de otra Parte un mecanismo especial para resolver controversias para garantizar las prerrogativas otorgadas en la sección A del capítulo XI, excluyendo de tales derechos a cualquier otro inversionista que no sea canadiense o estadounidense, con lo cual se da un trato mas favorable a los extranjeros de los Estados Parte que a los nacionales;

2) Al diseñar un mecanismo especial de solución de controversias supranacionales mediante el cual el inversionista extranjero puede evadir la jurisdicción de los tribunales locales, que va en contra del Derecho Internacional que ordena que los recursos legales y tribunales del país huésped sean agotados antes de someterlos a una instancia internacional.⁴⁰

³⁷ Pérezcano Díaz, Hugo. Op. cit. p. 290

³⁸ Revista Lex, año III, No.28. López González, Francisco." El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la posición tradicional de México respecto a la Inversión Extranjera"., Octubre 1997. Facultad de Economía de la UNAM, México. P.41

³⁹ Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁰ Gómez Roch Fernando. La Supranacionalidad de las evoluciones dictadas en los mecanismos e solución de controversias del TLC y el estado de derecho. Barra Mexicana de Abogados. Ed Themis. México 1997 p .499

Pero hay que tener en cuenta que la existencia de un mecanismo de solución de controversias como el que contempla el capítulo XI es un paso importante en la evolución jurídica internacional.

6.8 DERECHO APLICABLE

En los Estados Unidos Mexicanos el arbitraje comercial se encuentra regulado por las disposiciones del Código de Comercio (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 1887) contenidas del artículo 1415 al 1463, así como en los distintos Tratados Internacionales de los que México forma parte en materia de arbitraje.

Los árbitros fundaran su decisión en las normas del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, y en el Derecho Internacional, siendo obligatorias las interpretaciones que al efecto haya realizado la Comisión respecto del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, sin contemplar el derecho interno. Esto significa que el tribunal debe interpretar y aplicar los derechos de los inversionistas enunciados en el capítulo XI, como el cualquier parte del Tratado y puede también dictaminar sobre la base de reglas más amplias aplicables al derecho internacional, como son convenciones internacionales, usos internacionales, los principios generales del derecho y subsidiariamente para la determinación de las reglas de derecho, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los expertos en derecho internacional.⁴¹

Finalmente si la comisión de libre comercio establece una interpretación de cualquier disposición del capítulo o el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, el Tribunal deberá aplicarla. Esto se conoce en el derecho internacional como una declaración interpretativa. De esta afirmación el TLCAN se deduce que no será aplicable el derecho nacional de los países miembros.

⁴¹ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

6.9 REGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO ARBITRAL

El sometimiento de la reclamación a arbitraje se hará a través de tres cuerpos de reglas y es decisión del inversionista elegir las reglas bajo las cuales deberá actuar el tribunal arbitral, estas son:⁴²

- 1) Reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y entre nacionales de otros Estados (CIADI).
- 2) Las reglas correspondientes al mecanismo complementario del CIADI.
- 3) Las reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional.

Cada uno de estas reglas cuenta con un conjunto de reglas de arbitraje, basadas en un modelo de arbitraje comercial internacional. Cada uno sigue los pasos básicos siguientes:⁴³

- Una parte privada somete una reclamación a arbitraje.
- El Estado responde
- Las partes eligen a los árbitros
- Se acuerdan los detalles de las reglas de procedimiento
- Se inician los procedimientos mediante una serie de presentaciones de alegatos escritos, audiencias orales y
- El panel arbitral emite un fallo o decisión.

⁴² Son 17 las controversias que se han sometido a arbitraje bajo el Capítulo XI del TLCAN.

⁴³ <http://www.iisd.org>

Sin embargo cada uno de estos conjuntos de reglas arbitrales, tiene sus características propias como veremos a continuación:

a) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI).

El Convenio Para El Arreglo De Diferencias En Materia De Inversión Entre Estados Y Nacionales De Otros Estados, estableció en el seno del Banco Mundial el Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones, con el objetivo de proporcionar a los inversionistas extranjeros medios de solución de controversias (la conciliación y arbitraje) a los que pudieran recurrir para reclamar contra el Estado receptor por los daños causados a su inversión.

El CIADI es actualmente una de las Instituciones básicas del Régimen jurídico Internacional de las inversiones extranjeras, es un centro de carácter público que funciona como foro neutral y autónomo, en el cual se media entre los intereses de los inversionistas y de los intereses de los Estados que reciben la inversión, es decir que regula la inversión entre Estados y particulares extranjeros.

Esta es solo una de sus funciones porque también se encarga de elaborar jurisprudencia para labor de facilitar la compilación de normas necesarias para la regulación de inversiones, así como de dirigir el procedimiento ad hoc, a través del Secretario General del CIADI, utilizando las reglas de arbitraje del CNUDMI.

El Arbitraje de inversiones del CIADI, surge de procedimientos de arbitraje interestatal que se instauraban como medios para la protección diplomática en virtud de la cual un Estado hacia suya al causa de sus nacionales. El arbitraje entre un Estado y una empresa extranjera basados en

un convenio internacional, es una forma más elaborada de protección de inversiones extranjeras que sustituye la protección diplomática.⁴⁴

El sistema arbitral del CIADI esta constituido por el consentimiento de las partes en la diferencia. Es un sistema autónomo⁴⁵ y exclusivo que tiene un arcado acento procesal, vinculado a la existencia del convenio de Washington de normas propias para el desarrollo del procedimiento arbitral, que no dependen de los derechos internos. Se reconoce que los efectos excluyentes del sistema arbitral del centro derivan del consentimiento de las partes de la controversia, al que al convenio otorga el efecto de crear determinadas obligaciones para los Estados Parte.⁴⁶

En la actualidad son 149 países que han firmado en convenio de este centro, pero sólo 134 lo han ratificado. México no es parte del CIADI, debido a que los medios de solución de controversia que plantea el centro así como sus procedimientos son violatorios de la Cláusula Calvo. Por esta razón México no puede acceder a los tribunales del CIADI para dirimir una controversia que se suscite en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, aunque este tratado lo contempla como medio de solución de controversias, pero si puede acceder a su mecanismo complementario.

Canadá tampoco es miembro del CIADI, por lo cual también se encuentra en la misma posición que México. Para dirimir controversias derivadas del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se utilizará el mecanismo complementario cuando el inversionista sea de los Estados Unidos o el demandado sea de éste país, en los demás casos se utilizarán las reglas del arbitraje del CNUDMI.

⁴⁴ Vives Chillida . Op. cit. p. XXI-XXIV

⁴⁵ El procedimiento arbitral del CIADI es autónomo ya que su desarrollo y resultado pueden realizarse casi sin la intervención de las autoridades internas.

⁴⁶ Algunas de estas obligaciones son renunciar a exigir el agotamiento de los recursos internos y del Estado nacional de inversor al ejercicio de la protección diplomática hasta el término el Procedimiento y del cumplimiento del laudo arbitral.

b)Reglamento Complementario del CIADI.

El 27 de Septiembre de 1978 el Consejo Administrativo, por mayoría de votos, aprobó la creación del “Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos”.⁴⁷ En este nuevo conjunto de reglas, son en su mayoría las contenidas en el CIADI, aunque contiene además un Reglamento de Instancias del Centro, El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El mecanismo Complementario se creó, con el objeto de permitir que el CIADI tenga competencia para conocer de controversias en los casos en los que el centro no fuera competente en virtud de lo que establece el Convenio de Washington, y pueda administrar de esta forma procedimientos de conciliación y arbitraje.

Por lo tanto le confiere nuevas facultades al centro. La primera de estas facultades es en razón de los sujetos, de las controversias jurídicas en materia de inversiones (contenidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio), en aquellos casos en que el Estado parte en la controversia, o del Estado del que es nacional la parte privada en la controversia, no es Estado contratante del convenio. Es suficiente que uno de los dos Estados involucrados participe en el convenio para que sea posible seguir este procedimiento.

Es bajo este supuesto como México y Canadá han tenido acceso al CIADI, ya que en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte se establece como medio de solución de controversias, y Estados Unidos es parte contratante del convenio. La segunda facultad es por razón de la materia, ya las controversias jurídicas que no deriven directamente de una inversión, también pueden ser sometidas a arbitraje o conciliación del CIADI o del Mecanismo

⁴⁷ Vives Chillida. Op. cit. p.40

Complementario (MC), siempre y cuando no se trate de diferencias comerciales ordinarias.

Finalmente el Mecanismo Complementario del CIADI puede conocer de procedimientos de comprobación e investigación de hechos con el objeto de prevenir controversias. Un Estado y un nacional de otro Estado, sean o no Estados contratantes pueden tener acceso al sistema de comprobación de hechos, y el acuerdo de las partes al respecto no esta sujeto a la aprobación del Secretario General del CIADI. Estas dos últimas facultades no aplican a nuestro objeto de estudio que son las controversias del capítulo XI.

La aplicación de las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI no es automática, sino que es necesario al igual que en el convenio que las partes lo consientan por escrito⁴⁸. También es necesaria la autorización de los acuerdos por parte de la Secretario General para evitar que se sometan a este mecanismo controversias que se deriven de inversiones entre Estados miembros del Convenio.⁴⁹

c) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es el principal órgano jurídico universal del sistema de Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional. La CNUDMI fue establecida por la Asamblea General el 17 de Diciembre de 1966.

Al establecer esta Comisión la asamblea reconoció que las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos al comercio, y considero que mediante la Comisión de Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación

⁴⁸ En el TLCAN el consentimiento se da por escrito y consiste en que las partes convengan en someter la reclamación a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el tratado

⁴⁹ Vives Chillida Op. cit. p.42

de obstáculos. Sus actividades principales son la elaboración de convenios, leyes modelos y normas aceptables a escala mundial; la preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico; la presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y su incorporación al derecho interno; la prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma legislativa y la organización de seminarios regionales y nacionales sobre el derecho mercantil uniforme.⁵⁰

Existen cinco documentos legislativos creados por la Comisión:

- El primero es el Reglamento de Arbitraje del CNUDMI de 1976, que contiene un conjunto completo de normas de procedimiento que las partes pueden utilizar para la sustanciación de las actuaciones derivadas de sus relaciones comerciales. Este reglamento se utiliza ampliamente en los arbitrajes ad hoc y en los arbitrajes reglamentados.
- Las recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros organismos interesados con los árbitros sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1982 es otro documento importante.
- El Reglamento de conciliación de la CNUDMI de 1980 puede regir el procedimiento de conciliación cuando las partes de una controversia comercial deseen solucionarla amistosamente.
- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional tiene por objeto ayudar a los Estados a modernizar y reformar sus leyes sobre procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta las características y necesidades especiales del Arbitraje comercial internacional. Tiene un carácter orientativo o ejemplificador y sirve como instrumento de inspiración, destinado a los legisladores nacionales. Con

⁵⁰ El arbitraje comercial estuvo regulado defectuosamente durante muchos años en el Código de Comercio, ya que éste no contenía las reglas procesales sobre el tema. En 1989 fue reformado y se introdujo una sección sobre arbitraje. En 1993 hubo una nueva reforma rubricándose el título IV del Código de Comercio “arbitraje Comercial”.

esto la CNUDMI pretende establecer lineamientos generales para armonizar y unificar las normas correspondientes y así lograr cierta homogeneidad entre los diferentes Estados. Esta ley fue aprobada por la Comisión en 1985, y ha sido promulgada como ley en un gran número de ordenamientos jurídicos tanto en países desarrollados como en los en desarrollo.

- Las Notas de la CNUDMI sobre organización del proceso arbitral de 1996, es otro documento importante que tiene la finalidad de ayudar a los profesionales en la preparación del procesos arbitral, proporcionándole una lista comentada de asunto que el tribunal arbitral puede juzgar útil decidir en el curso del proceso. Este texto que por su naturaleza no es vinculante, puede utilizarse independientemente de si el arbitraje es administrado o no por una institución arbitral.
- Un convenio importante que forma parte del programa de trabajo de la Comisión es la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Esta Convención fue preparada por la ONU antes de que se creara la Comisión, pero como es de gran importancia para el trabajo de ésta.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte establece la opción de acudir a la CNUDMI para dirimir controversias en materia de inversión. Este medio lo puede usar cualquiera de los países signatarios. Es importante decir que todos los conflictos entre inversionistas canadienses y México, o entre inversionistas mexicanos y Canadá se regularan a través de estas reglas de arbitraje. Cada uno de los conjuntos de reglas arbitrales que acabamos de explicar tiene como consecuencia que una vez transcurrido el proceso, el tribunal arbitral, aplicando las reglas señaladas en algunos de ellos, de una resolución o laudo que señale a favor de quien decide la controversia. Esta decisión arbitral es nuestro siguiente objeto de estudio.

6.10 RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El procedimiento de resolución de controversias termina con un laudo arbitral que puede absolver o condenar al Estado Parte del Tratado.

6.10.1 LAUDOS ARBITRALES

Los laudos son resoluciones emitidas por árbitros sobre el fondo de la cuestión que se les haya sometido por las partes interesadas, dictada en el procedimiento seguido al efecto. Es una verdadera y propia sentencia, tanto en su contenido como por sus efectos.⁵¹

Cuando la reclamación es interpuesta por el inversionista de una Parte por cuenta propia, el Tribunal Arbitral puede dictar un laudo desfavorable a una de las partes y podrá otorgar por separado o en combinación: daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la parte contendiente pague daños pecuniarios mas intereses que procede en lugar de la restitución también puede el Tribunal ordenar el pago de costas, de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicable. Un tribunal no puede ordenar que una parte pague daños que tengan carácter punitivo.⁵² Cuando la reclamación de la controversia se haya hecho por el inversionista en representación de una empresa, el laudo puede pedir la restitución de la propiedad y pago de daños pecuniarios junto con los intereses correspondientes. Ambas resoluciones serán a favor de la empresa.⁵³

El laudo arbitral será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto al caso concreto. Estas deberán acatar y cumplir sin demora el laudo, aunque existe un plazo prudencial que será fijado conforme al convenio por el cual se opto para arribar al laudo⁵⁴ arbitral definitivo, sin que la parte lo haya cumplido. Cada una de las partes dispondrá la debida ejecución el

⁵¹ De Pina . Op. cit. p. 351

⁵² Artículo 1135 (1) y (3) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

⁵³ Ídem (2)

⁵⁴ Íbidem Artículo 1136 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

laudo en su territorio. Las partes contendientes podrán solicitar la ejecución del laudo, si:

- Han transcurrido 120 días y no se ha solicitado su revisión o anulación, o bien se han concluido los procedimientos de revisión y anulación en el caso de haberse seguido el procedimiento del CIADI.
- Han transcurrido tres meses y ninguna de las partes inicia un procedimiento de anulación o revisión, o bien se ha desechado cualquier procedimiento de reconsideración, desechamiento, anulación cuando se someta a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o a las reglas de arbitraje de UNCITRAL.

Según lo que establece el artículo 1136 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, cuando una de las partes contendientes no cumpla o acate un laudo definitivo, la Comisión, a la entrega de una solicitud de una Parte cuyo inversionista fue parte en el procedimiento de arbitraje, integrará un panel conforme al artículo 2008, y la parte solicitante podrá invocar dicho procedimiento para que se haga una determinación en el sentido de que el incumplimiento del laudo va en contra de las obligaciones del tratado y para que se haga una recomendación a la parte para que cumpla con el laudo definitivo.

Para la ejecución del laudo en caso de incumplimiento, el inversionista podrá recurrir a la Convención del CIADI, a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras, o a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, E.U.A, el 10 de junio de 1958, publicada en México en el Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1971. Es importante mencionar que el CIADI tiene su propio mecanismo de ejecución de sentencias y que en caso de que no sea resuelta la controversia ante el CIADI, se puede aplicar de manera indistinta las otras dos convenciones, ya que los tres países signatarios del Tratado de Libre Comercio para América del Norte son miembros de ambas.

La acción para el cumplimiento de laudo arbitral no impide al inversionista solicitar la integración de un panel arbitral conforme a lo que establece el capítulo XX del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Conforme, al derecho mexicano, el inversionista afectado podrá, por su cuenta, pedir amparo por el acto del gobierno federal consistente en la desobediencia del laudo arbitral, lo cual implica un incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado. La sentencia, llamada *laudo arbitral*, si tiene carácter obligatorio. En México, su valor vinculante es otorgado por disposiciones del Código de Comercio, que es la ley base para las transacciones comerciales en todo el país. El libro quinto, título cuarto del Código de Comercio contiene todas las normas pertinentes al arbitraje comercial. El artículo 1461 de este ordenamiento reconoce a todo laudo arbitral como vinculante, ya sea de origen nacional o extranjero, así mismo establece excepciones en el artículo 1462. Su ejecución se hace mediante una petición por escrito al juez competente, para todos los demás asuntos y salvo disposición en contrario, no se requiere intervención judicial.

Es importante mencionar que existen excepciones al mecanismo de solución de controversias en materia de inversión. Una de ellas es que la resolución o medida de una parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de otra parte, que se realice de conformidad con el artículo 2102 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, "Seguridad Nacional", no estarán sujetas a ningún procedimiento de solución de controversias. Así mismo no se aplicará, el procedimiento del capítulo XI, según lo que establece el anexo 1138.2:

- en el caso de Canadá, una decisión de éste país, que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de Investment Canada Act, relativa a que si debe permitirse una adquisición que éste sujeta a dicha revisión.

- En el caso de México , una decisión de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las reservas hechas por México en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, relativas a si debe o no permitirse una adquisición de empresas nacionales por inversionistas extranjeros que este sujeta a dicha revisión.

El Mecanismo de solución de controversias que se estudio a lo largo de este capítulo ha permitido a los inversionistas dirimir sus conflictos de una manera distinta a la tradicional, además que es un régimen que otorga la máxima protección a la inversión extranjera, asegura un trato igual al inversionista y un debido proceso ante un tribunal imparcial. En el pasado la responsabilidad de hacer cumplir los derechos de los inversionistas recaía sólo en los Estados, ahora los inversionistas extranjeros tiene la capacidad de hacer cumplir ellos mismos sus derechos mediante en proceso de arbitraje “inversionista – Estado “. A medida que los derechos y recursos legales se han ampliado, ha aumentado también el deseo de los inversionistas de utilizar estas herramientas. El recurso legal Estado – Estado, fue utilizado como última instancia para hacer cumplir los derechos del inversionista, ahora , el proceso de arbitraje contenido en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se ha convertido en el territorio jurisdiccional favorito.

CAPÍTULO SÉPTIMO

RESOLUCIONES ARBITRALES DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.

7.1 LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

La inversión extranjera es uno de los objetivos fundamentales del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), vista como medio para obtener un crecimiento económico y un desarrollo sustentable, sin embargo, existe la preocupación de que las disposiciones relativas a inversión dentro del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se conviertan en "armas estratégicas" para aquellas empresas que busquen evadir las disposiciones ambientales locales. El gobierno del entonces presidente de los Estados Unidos William Clinton promovió y presionó¹ a la firma de dos acuerdos "paralelos" al Tratado de Libre Comercio para América del Norte que fueron el Acuerdo de Cooperación Ambiental² y el Acuerdo de Cooperación Laboral, firmados ambos en 1993.³

En el preámbulo del Acuerdo Ambiental se confirma la importancia de las metas ambientales del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y de la participación de la sociedad en la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente.

¹ *American Journal of International Law*, Washington, vol. 91, núm. 2. Steinberg, Richard H., "Trade-Environment Negotiations in the EU, NAFTA and WTO: Regional Trajectories of Rule Development", abril de 1997, pp. 248 y 249.

² "Acuerdo Ambiental".

³ *Texas International Law Journal*, Austin, Texas, vol. 35, núm. 3. verano de 2000, p. 449.

En sus 51 artículos, el Acuerdo Ambiental se divide en siete partes y cinco anexos.⁴

Se crea una Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA), integrada por un Consejo,⁵ un Secretariado y un Comité Consultivo.

La Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) representa una muestra patente del compromiso adquirido en el Acuerdo Ambiental,⁶ y un reto serio para las políticas ambientales en México.⁷ Por su parte el Capítulo XI en su artículo 1114 establece en materia de medidas relativas al medio ambiente:

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que se considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio de efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

2. Las partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna parte debería renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.

Si una parte estima que otra parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Este artículo 1114 busca ofrecer una protección efectiva en contra de la relajación de medidas ambientales internas para favorecer el flujo de

⁴ Cruz Miramontes, Rodolfo. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*. 2a. ed. Ed. Porrúa. México 2002. pp. 26 y 145

⁵ Integrado a su vez por representantes de las partes a nivel de Secretaría de Estado o su equivalente, o por las personas designadas por ellos, fijando sus propias reglas y procedimientos y reuniéndose cuando menos una vez al año en sesiones ordinarias. Artículo 8o., Acuerdo Ambiental.

⁶ *United States-Mexico Law Journal* vol. 21. Díaz, Luis Miguel. "Private Rights under the Environment and Labor Agreements". Albuquerque, Nuevo México. 1994, p. 15.

⁷ *Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Ars Iuris* núm. 27. Gaines, Stanford E., "NAFTA, the Environment, and México: the Challenge and the Opportunity for Change from New International Institutions". México. 2002. p. 238

inversiones, de ahí la importancia de su estricta aplicación y observancia en los procedimientos iniciados conforme a la sección B del Capítulo XI. Se considera que el Tratado de Libre Comercio para América del Norte constituye uno de los acuerdos comerciales internacionales más "verdes" en la historia, si bien, no contiene disposiciones específicas en el tema de desechos peligrosos,⁸ pese a que el incremento en la producción derivado de la firma del tratado, tiene como consecuencia el incremento en la generación de desechos peligrosos.

Tampoco hace nada por fortalecer las disposiciones internas en materia ambiental.⁹ Sin embargo, las Partes del Tratado de Libre Comercio para América del Norte incorporan al tratado conforme al artículo 104, párrafo 1, y al Anexo 104.1 diversos acuerdos sobre el tema ambiental:

- La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, enmendada el 22 de junio de 1979.

- El Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, modificado el 29 de junio de 1990.

- El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para las partes del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

- El Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Estados Unidos de América en los Relativo al Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, firmado en Ottawa el 28 de octubre de 1986; y

- El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 en La Paz,

⁸ *St. Mary's Law Journal* vol. 27 núm. 4. Eaton, David W.. "NAFTA and the Environment: A proposal for Free Trade in Hazardous Waste between the United States and México". San Antonio, Texas. 1996. pp. 737 y 738.

⁹ *Northwestern Journal of International Law & Business* vol. 14, núm. 3. Condon, Bradley J., "NAFTA and the Environment: a Trade-Freindly Approach".. Chicago, Illinois. USA. 1994. pp. 528y 548.

Baja California Sur.¹⁰ Este acuerdo incluye un anexo III en materia de exportación de desechos peligrosos en la zona fronteriza.¹¹

7.2 CASOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Pese a la secrecía que rodea los procedimientos del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se sabe que conforme al apartado B del mismo tratado, se han desarrollado cerca de 31 arbitrajes,¹² algunos de ellos, bajo el Mecanismo Complementario del Convenio Para El Arreglo De Diferencias En Materia De Inversión Entre Estados Y Nacionales De Otros Estados (CIADI), siendo en 14 de ellos México la parte demandada, y por tanto el país con mayores controversias y conflictos presentados¹³, mientras que se han presentado 9 contra Canadá¹⁴ y 8 contra nuestro país vecino Estados Unidos de América.¹⁵

Se han resuelto tres de ellos y que serán a continuación, materia de nuestro análisis pues sirven de apoyo y sustento dentro de la presente tesis: el

¹⁰Cabrera Acevedo, Lucio. "Aspectos del TLCAN y la protección al ambiente", *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*. Universidad Iberoamericana. México. 1993. p. 111.

¹¹*St. Mary's Law Journal*. Williams, Edward J.. "The Maquiladora Industry and Environmental Degradation in the United States-Mexico Borderlands". vol.27, núm.4. San Antonio, Texas. USA. 1996.

¹²*Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana* núm.27. Stephen Zamora. "NAFTA at Seven Years". México. 2002. p.257.

¹³ 1) *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca (EUA) vs. Estados Unidos Mexicanos*; 2) *Metalclad Corporation (EUA) vs. Estados Unidos Mexicanos*; 3) *Waste Management Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos* 2; 4) *Marvin Roy Feldman Karpá (EUA) vs. los Estados Unidos*; 5) *Hachette Distribution Services (EUA y CAN) vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 6) *Corn Products International, Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 7) *Inversionistas de GAM (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*. 8) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. los Estados Unidos* 9) *Waste Management Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 10) *Adams et al. vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 11) *International Thunderbird Gaming Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 12) *Calmark Commercial Development Inc. (USA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*; 13) *Robert S. Frank vs. los Estados Unidos Mexicanos*, 14) *Firemans Fund Insurance Company vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

¹⁴ 1) *Signa, S.A. de C.V. (México) vs. Canadá*; 2) *Ethyl Corporation (EUA) vs. Canadá*; 3) *S.D. Myers, Inc. (EUA) vs. Canadá*; 4) *Sun Belt Water Inc. (EUA) vs. Canadá*; 5) *Pope & Talbot Inc. (EUA) vs. Canadá*; 6) *Crompton Corp. vs Canadá*; 7) *Ketcham Investments, Inc. vs. Canadá*; 8) *Trammel Crow Company vs. Canadá*; 9) *United Parcel Service vs. Canadá*.

¹⁵ 1) *ADF Group Inc. vs. United States of América* 2) *Canfor Corporation vs. United States of América*. 3) *Kenex Ltd vs. United States of América*. 4) *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of América*. 5) *Mondev International Ltd. vs. United States of América*. 6) *Methanex Corp. vs. United States of América*. (1er Laudo parcial dictado el 7 de agosto de 2002). 7) *Doman Industries Ltd. vs. United States of América*. 8) *Tembec Corporation vs. United States of América*.

primer caso es el de *Metalclad Corporation* contra los Estados Unidos Mexicanos, el segundo es el de *Robert Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca* contra los Estados Unidos Mexicanos, y un tercero es el de *Waste Management Inc.* Contra los Estados Unidos Mexicanos.

Se han presentado otros dos más recientemente promovidos, uno por Corn Products Internacional Inc. en contra del impuesto al uso de fructosa en refrescos en México; y el otro por los accionistas de Grupo Gam S.A. de C.V. en contra del decreto de expropiación de los ingenios azucareros. Algunos de los casos se han referido a temas ambientales o bien han tenido implicaciones en esa área, veremos dos de ellos.¹⁶

1.2.1. METALCLAD CORPORATION CONTRA MÉXICO

Este primer caso en iniciarse, resuelto el 30 de agosto de 2000 por un Tribunal arbitral integrado por Benjamin R. Civiletti, José Luis Siqueiros y Elihu Lauterpacht como presidente del tribunal, involucró temas de carácter ambiental y violaciones en su resolución al artículo 1114 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

El conflicto se presentó entre la empresa estadounidense Metalclad Corp. y el gobierno municipal de la localidad de Guadalcázar en el estado de San Luis Potosí, alrededor de la negativa del municipio a otorgar un permiso de construcción para que Metalclad edificase un centro de confinamiento de desechos tóxicos en la entidad, pese a que Metalclad contaba con los permisos correspondientes del gobierno federal, incluyendo los relativos al medio ambiente.

El lugar del conflicto se ubica en La Pedrera, dentro del municipio de Guadalcázar, en donde una empresa mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. obtuvo del gobierno federal en 1990 un

¹⁶ Existen otros casos además del de Metalclad y de Waste Management, como el de *Ethyl Corporation of Richmond, Virginia vs. the Government of Canada* (resuelto conforme a las reglas de la UNCITRAL).

permiso para operar un centro de transferencia de desechos tóxicos, si bien aparentemente la empresa dispuso incorrectamente de los desechos al depositarlos en dicho centro sin el tratamiento previo correspondiente.

Esta actividad motivó que en septiembre de 1991 el gobierno federal clausurase el centro de transferencia.¹⁷ En 1991 y 1992 el gobierno municipal negó a Confinamiento Técnico el permiso para construir en ese lugar un centro de confinamiento de desechos tóxicos. El argumento fue la oposición de la comunidad y el hecho de que la empresa no había llevado a cabo tareas de restauración del suelo contaminado. En 1993, Confinamiento Técnico recibió de la Semarnap la autorización de impacto ambiental y el permiso de uso de suelo del gobierno estatal. En ese entonces, Confinamiento Técnico estaba en negociaciones con Metalclad que en abril de 1993 resultaron en el derecho a favor de Metalclad para adquirir la empresa. El acuerdo estaba sujeto a la condición de que Confinamiento Técnico obtuviese el permiso de construcción correspondiente por parte del Municipio o bien una resolución judicial que le eximiese de dicho permiso. En septiembre de 1993, Metalclad ejerció su opción de compra y adquirió a través de la empresa Ecosistemas Nacionales S. A. de C. V. (propiedad de Metalclad al 100%) a Confinamiento Técnico sin que ninguna de las dos condiciones señaladas se hubiesen cumplido, confiando en los ofrecimientos por parte del gobierno federal de que los permisos estarían en tiempo y forma.

La construcción del centro se inició en abril de 1994 y en el mes de octubre de ese año el municipio detuvo las operaciones con base en que Metalclad no contaba con el permiso de construcción correspondiente a lo que Confinamiento Técnico inmediatamente solicitó el permiso correspondiente y reinició la construcción, misma que concluyó en marzo de 1995. El día de la inauguración, una manifestación popular impidió la apertura del mismo. Por su parte, Metalclad estaba en negociaciones con SEMARNAP que llevaron a la

¹⁷ *Minnesota Journal of Global Trade* vol. 11, núm. 2. Tollefson, Chris. "Metalclad Corporation vs. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process". Minneapolis, Minnesota, USA. 2002, pp. 187-191.

firma de un Convenio por virtud del cual la SEMARNAP autorizaba a Metalclad a operar el centro por cinco años, a cambio de diversas obligaciones a cargo de Metalclad entre las que destacan:

- a) La restauración ecológica del lugar.
- b) El pago de dos pesos al municipio por tonelada recibida en el centro.
- c) La reserva de 34 hectáreas como zona de reserva para la conservación de las especies endémicas.
- d) Un descuento del 10% en el manejo de los desechos generados en el estado.
- e) Servicio de consulta médica gratuita para los habitantes del municipio.

Cabe destacar que en la negociación y firma del Convenio no participaron ni el municipio ni las autoridades estatales. En diciembre de 1995 en una reunión celebrada sin la presencia de Metalclad, el municipio negó una vez más el permiso de construcción a Confinamiento Técnico, argumentando además de lo ya anteriormente dicho, el impacto ambiental adverso que se derivaría de la operación del centro. Por su parte, el municipio inició un procedimiento administrativo en contra del Convenio firmado por la SEMARNAP que no prosperó. Entonces decidieron acudir al juicio de amparo para evitar la recepción de nuevos desechos tóxicos, obteniendo la suspensión provisional.

En mayo de 1996, Metalclad inició también un juicio de amparo, que le fue sobreseído. Una vez interpuesta la revisión, decidieron desistirse tiempo después por virtud de las negociaciones con el municipio.

En octubre de 1996 Metalclad conforme al artículo 1119 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, notificó su intención de someter una reclamación al arbitraje. El artículo en cuestión establece: "El inversionista contendiente notificará por escrito a la parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación...". Durante la substanciación del procedimiento, el gobierno de San Luis Potosí emitió un decreto en materia de

ecología que declaraba 188,758 hectáreas como zona de reserva ecológica, en donde se incluían las 814 que correspondían al centro, si bien el decreto garantizaba los derechos adquiridos con anterioridad y permitía el establecimiento de nuevas actividades siempre y cuando se hicieran conforme a derecho. El arbitraje se llevó a cabo conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, conforme al artículo 1120, párrafo 1, b) del TLCAN.

La sede del arbitraje fue la ciudad de Vancouver, Canadá. El tribunal arbitral tuvo que examinar las seis violaciones al Tratado de Libre Comercio para América del Norte, alegadas por Metalclad, destacando la violación a los artículos 1105 y 1110 por parte del gobierno de México, en términos del no otorgamiento a la inversión en La Pedrera de un trato acorde con el derecho internacional, un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas.

En agosto de 2000 el tribunal emitió su laudo habiendo tomado en consideración las pruebas y alegatos de las partes, incluidos los gobiernos de los tres países firmantes del TLCAN, declarando responsable al gobierno de México por las acciones tanto estatales como locales en el caso. El tribunal consideró que el gobierno de México violó sus obligaciones conforme al artículo 1105 en dos sentidos:

1. Al permitir la indebida negativa por parte del Municipio de otorgar el permiso de construcción a Metalclad, ya que los permisos para este tipo de centros son responsabilidad de las autoridades federales; y
2. El gobierno de México no garantizó la transparencia y seguridad del marco jurídico aplicable a la inversión.

Respecto del artículo 1110, éste se refiere a la imposibilidad de las Partes para expropiar directa o indirectamente una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, salvo que sea:

- a) Por causa de utilidad pública;
- b) Sobre bases no discriminatorias;
- c) Con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1); y
- d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6 del propio artículo 1110.

En este caso, el tribunal consideró que el gobierno de México había violado el artículo 1110 en dos formas:

1. Al permitir que el municipio actuara indebidamente frente a la inversión de Metalclad, que fue equivalente a una expropiación;¹⁸ y
2. Por la ausencia de bases suficientes para que el municipio negara el permiso de construcción solicitado.

La violación a los artículos 1105 y 1110 llevaron a la frustración completa de la operación, acabando con cualquier posibilidad para Metalclad de recuperar su inversión. Por ello se fijó un monto de \$16,685.00 millones de dólares de indemnización a cargo del gobierno mexicano.¹⁹ Cabe destacar que México solicitó en octubre de 2000 ante la Suprema Corte de Columbia Británica la revisión judicial del laudo arbitral, siendo aplicables a la revisión las disposiciones jurídicas del foro del lugar en donde fue emitido el fallo.

Correspondió conocer de dicha revisión al juez Tysoe, quien emitió su resolución en mayo de 2001, complementando su fallo en octubre siguiente. México alegó entre otros puntos, que el tribunal se excedió en sus facultades y se equivocó en su interpretación de los artículos 1105 y 1110.

El exceso en su facultades lo cometió al haber fijado obligaciones de transparencia al gobierno mexicano que no existen como tales en el Tratado de

¹⁸ Se debe tener presente que el TLCAN en ningún momento impide o niega el derecho de las partes a expropiar, únicamente atiende a la legalidad de tales expropiaciones. El TLCAN protege contra expropiaciones *de jure*, indirectas y medidas equivalentes.

¹⁹ *Minnesota Journal of Global Trade* vol. 11, núm. 2. Tollefson, Chris. "Metalclad Corporation vs. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process". Minneapolis, Minnesota, USA. 2002, pp. 193-195.

Libre Comercio para América del Norte y al haber actuado como si fuese un tribunal de apelaciones mexicano y no un tribunal arbitral.

Uno de los argumentos planteados por el gobierno del Canadá y de México ante el juez Tysoe fue la falta de consideración al carácter ambiental de la inversión y la ausencia de estudio por parte del laudo arbitral del artículo 1114(1) del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. El juez no atendió la petición canadiense y desestimó la petición mexicana, argumentando en la segunda que el análisis hecho por el tribunal arbitral respecto de dicho artículo no era patentemente falto de razón.²⁰

El juez Tysoe determinó la validez del laudo arbitral y confirmó la obligación de pago por parte de México, si bien consideró que México no había violado sus obligaciones en materia de transparencia conforme al artículo 1105.

7.2.2. WASTE MANAGEMENT INC. CONTRA MEXICO

En este caso, Waste Management Inc. actuó por cuenta propia y en representación de Acaverde, S.A. de C.V. en contra del gobierno de México por violación supuesta a los artículos 1105 y 1110 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, a través del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C., el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez. En este caso, el tribunal arbitral declino la jurisdicción mediante laudo dictado el 2 de junio de 2000, en virtud de que la parte reclamante no había cumplido con el requisito establecido en el artículo 1121(2)(b) del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en el sentido de haber renunciado a los recursos locales o bien haberse desistido de los ya iniciados.²¹ Una segunda demanda se presentó el 27 de septiembre de 2000.

²⁰ *Ibidem*, pp. 226 y 227.

²¹ *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 3. González de Cossío, Francisco. "The Mexican Experience with Investment Arbitration- A Comment". 2002. p. 45

7.2.3. METHANEX CORP. CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA²²

Methanex Corporation es una empresa comercializadora y distribuidora de methanol (componente del aditivo conocido como MTBE, utilizado para el octanaje y oxigenación de las gasolinas),²³ constituida conforme a las leyes de Alberta, Canadá y actualmente funcionando bajo la *Canadian Business Corporations Act*. Con sede en Vancouver, Columbia Británica, Methanex tiene instalaciones en Canadá, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Chile y Trinidad & Tobago.

El 3 de diciembre de 1999, Methanex notificó al gobierno de los Estados Unidos su intención de acudir al arbitraje conforme al Capítulo XI del TLCAN, acompañando el texto de su reclamación ("reclamación original"), iniciando el procedimiento arbitral en los Estados Unidos de América conforme al artículo 3(2) de las Reglas del UNCITRAL y 1137(1) del TLCAN. Methanex alegó la violación por parte del gobierno de los Estados Unidos a través del gobierno del Estado de California de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.

La reclamante planteó que dicho gobierno local no otorgó a la empresa el nivel mínimo de trato requerido por el artículo 1105 y que tanto el gobierno local como el gobernador tomaron medidas equivalentes a la expropiación en contra de Methanex violando el artículo 1110(1).

Esta reclamación original se presentó conforme al artículo 1116 del TLCAN solamente. El 12 de febrero de 2001 Methanex presentó, pese a la oposición del gobierno de los Estados Unidos, una versión modificada de su reclamación "Reclamación modificada", incluyendo una queja de discriminación por nacionalidad conforme al artículo 1102 del TLCAN, así como mayor argumentación en torno a los artículos 1105 y 1110 del Tratado.

²² <http://www.state.gov/>

²³ El MTBE es un competidor directo del ethanol, que desempeña una función similar en las gasolinas y que se obtiene tanto de la caña de azúcar como del maíz. En Estados Unidos el principal productor de ethanol es la empresa Archer Daniels Midland ADM.

La reclamación modificada se presentó esta vez conforme a los artículos 1116 y 1117 del TLCAN. Methanex presentó su reclamación en contra de las medidas tomadas por el gobierno del estado de California restringiendo el uso a nivel estatal del MTBE en la gasolina. Tales medidas se originaron en la Ley número 521 adoptada por el Senado estatal el 9 de octubre de 1997 que otorgó fondos (\$500,000 US) a la Universidad de California para llevar a cabo una investigación sobre los efectos del MTBE en las gasolinas para la salud humana y el medio ambiente en comparación con otros aditivos entre ellos el ethanol.

Mediante la orden ejecutiva D-5-99 expedida por el gobernador del estado de California del 25 de marzo de 1999 se señaló que existía un riesgo significativo de daño al medio ambiente por el uso de MTBE en las gasolinas en el estado. La citada orden fijaba el 31 de diciembre de 2002 como fecha límite para la suspensión del uso del MTBE a nivel estatal. Además, se ordenó que en las gasolineras se señalara claramente cuáles bombas expendían gasolina adicionada con MTBE para así posibilitar al consumidor a tomar una decisión informada sobre cuál gasolina consumir.

La orden ejecutiva señalada fue implementada a través de las *Reglas CaRFG3* obligando a etiquetar las bombas de gasolina con la siguiente leyenda: "*Contains MTBE. The state of California has determined that use of this chemical presents a significant risk to the environment*". Ordenó así mismo que a partir del 31 de diciembre de 2002 ninguna persona podría vender, ofrecer para su venta, proporcionar u ofrecer proporcionar gasolina californiana que hubiese sido elaborada con MTBE.

El gobierno de los Estados Unidos alegó la inadmisibilidad de la reclamación original de Methanex y la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer del caso. Tanto Canadá como México presentaron, conforme al artículo 1128 del TLCAN, escritos sobre el tema de la jurisdicción del tribunal. Ante lo anterior, los días 11 a 13 de julio de 2001 se llevó a cabo una audiencia

para tratar los temas de admisibilidad, jurisdicción y asuntos relacionados en las oficinas del Banco Mundial.

A la audiencia acudieron representantes no sólo de las partes sino también de los gobiernos de Canadá y de México. La audiencia se limitó a alegatos jurídicos con base en los hechos alegados por las partes. El tribunal permitió a Methanex la presentación de la reclamación modificada.

En las reclamaciones presentadas por Methanex, se alega la arbitrariedad en las decisiones del gobierno estatal y la falta de equidad al penalizar solamente a uno de los componentes de la gasolina, en violación al artículo 1105 del TLCAN, así como del 1102 por discriminación al buscar beneficiar a la industria doméstica de ethanol. Methanex adujo asimismo, que las medidas acabarían con el negocio de la empresa filial Methanex-US y de la dueña de sus acciones Methanex-Fortier en el estado. Inclusive llevarían al cierre de la planta de Methanex-Fortier.

En resumen, Methanex alega que las medidas estadounidenses constituyen una restricción disfrazada al comercio y a la inversión con el fin de otorgar ventajas y proteger a la industria estadounidense del ethanol a través de disposiciones medioambientales que ponen en desventaja al ethanol y al MTBE.

En el primer laudo parcial, el tribunal (integrado por tres árbitros que son Van Vechten Veeder de la Essex Court Chambers, Inglaterra como presidente, William Rowley, abogado canadiense y Warren Christopher, abogado estadounidense) señala que su laudo parcial no ha escuchado todavía evidencia alguna por parte del gobernador del estado, ni de su legislatura ni de ADM. Por lo mismo, el laudo solamente se refiere a la jurisdicción del propio tribunal y a la admisibilidad de la reclamación.

Los Estados Unidos presentaron siete argumentos en contra de la admisibilidad de la reclamación y de la jurisdicción del tribunal arbitral, consistentes en:

- I. La no existencia de una causa próxima conforme al artículo 1116(1).
- II. La no existencia de una violación a los derechos de la reclamante por las medidas de los EUA conforme a los artículos 1105 y 1110.
- III. La falta de una conexión o vínculo suficiente entre las medidas de los Estados Unidos de América y Methanex o sus inversiones.
- IV. La ausencia de pérdidas por parte de la reclamante conforme al 1116(1) ya que la prohibición del MTBE no ha sido llevada a efecto.
- V. La imposibilidad para Methanex de presentar la reclamación conforme al 1116(1) a nombre de sus inversiones en los Estados Unidos de América.
- VI. El que la reclamante no renunció a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de los Estados Unidos de América ante cualquier tribunal administrativo o judicial, tal como lo exige el artículo 1121(b).
- VII. La improcedencia de la reclamación de discriminación conforme al 1102.

El tribunal decidió en su laudo desechar las reclamaciones I, II, IV, V y VII. En cuanto al punto VI, consideraron que no hay razón para pronunciarse sobre el mismo ya que la renuncia fue acordada en la audiencia de julio de 2001. Respecto al punto III, el tribunal decidió que el artículo 1101(1) del

TLCAN requiere de algo más que el mero efecto de una medida, exigiendo una conexión jurídica significativa entre la medida y el inversionista.

Lo anterior conforme a una interpretación derivada del significado ordinario del término "relating to" ("relativas a" en el texto en español) al hablar de la falta de una conexión o vínculo suficiente entre las medidas de los Estados Unidos de América y Methanex o sus inversiones alegada por los Estados Unidos de América.

Sin embargo, el tribunal también señala que en la reclamación modificada y en los alegatos orales presentados por Methanex se podría encontrar el vínculo o relación exigidas por el TLCAN, por lo que se deja para otro laudo parcial la decisión en este punto, tan pronto se cuente con los elementos necesarios, conforme a los artículos 21(4) y 32(1) de las reglas de la UNCITRAL. Finalmente, el tribunal decidió lo siguiente:

- I. En cuanto a la admisibilidad de la reclamación, se desechan las alegaciones de los Estados Unidos de América.
- II. En cuanto a la jurisdicción sobre la reclamación original, se decidió que dicha reclamación no cumple con los requisitos del artículo 1101(1) del TLCAN, por lo que el tribunal carece de jurisdicción para conocer de tal reclamación original.
- III. En cuanto a la jurisdicción sobre la reclamación modificada, se decidió que dicha reclamación modificada *como un todo* no cumple con los requisitos del artículo 1101(1) del TLCAN, por lo que el tribunal carece de jurisdicción para conocer de tal reclamación modificada *como un todo*.
- IV. Sin embargo, el tribunal decidió que ciertas partes de la reclamación Modificada y de los alegatos orales sí caen bajo la jurisdicción del mismo, pero dada la imposibilidad del tribunal de decidir sobre el caso sin una nueva reclamación conforme a los artículos 18 y 19 de la UNCITRAL, se ordena que:
- V. La Reclamante deberá presentar una Nueva Reclamación en un plazo no mayor a 90 días contados desde el 7 de agosto del 2002.²⁴

²⁴ Se presentó el 5 de noviembre de 2002.

CONCLUSIONES

El arbitraje tiene desde siempre una evidente relación con la actividad internacional de los Estados, con el comercio como elemento unificador y con la actividad empresarial global. Este medio de solución de conflictos cuenta con características muy especiales, que permiten su actual identificación como herramienta adecuada de solución de controversias, garantizando en el largo plazo su adaptabilidad al profuso contexto global contemporáneo e influyendo en los más variados espacios jurídicos domésticos. En esencia, porque el arbitraje tiende a integrar transversalmente los sistemas jurídicos locales y se basa en principios universales, que se caracterizan por su orientación pragmática para solucionar diversos conflictos. Ello fluye, por ejemplo, de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de 1958.

Esta tendencia integradora del arbitraje como institución jurídica autónoma se ha reforzado con la globalización. De otro lado, no es factible pensar hoy en día en un contrato comercial internacional, sin que éste incorpore una cláusula de solución de controversias, que expresamente remita al arbitraje internacional administrado por las instituciones arbitrales más importantes del mundo y donde además sea frecuente la preeminente aplicación de la *lex mercatoria*, antes que la legislación nacional. Resulta oportuno señalar que ya los países de Europa del Este y del Sudeste asiático, así como China continental, se perfilan como plazas "*emergentes*" para el arbitraje internacional.

También es usual que hoy las controversias derivadas de una inversión extranjera se encuentren sometidas al arbitraje del Centro Internacional de Solución de Diferencias en materia de Inversiones (*CIADI*). No sorprende que los diversos ordenamientos jurídicos asimilen estas tendencias y propendan a perfeccionar su legislación arbitral. Estos procesos se realizan de conformidad con principios universalmente reconocidos en la materia, marcando claras

diferencias entre el arbitraje como "*jurisdicción dinámica*" y los principios que sostienen la "*jurisdicción estatal estática*". Especial mención debe recibir en este contexto la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Con anterioridad al proceso de globalización, la CNUDMI se ha ubicado a la vanguardia y ha venido llevando a cabo una serie de iniciativas para desarrollar el arbitraje en el mundo, creando la Convención de Nueva York de 1958 y aprobando diversas "*normas modelo*", entre las que destaca la "*ley modelo de arbitraje comercial*".

Estas iniciativas han sido objeto de consenso previo en la comunidad jurídica internacional y cuentan con la aceptación de los representantes de todos los sistemas jurídicos. Se han establecido así las bases para formular múltiples leyes o normas de arbitraje.

Considero una lástima que México brille por su ausencia en la lista de Estados contratantes del Convenio CIADI. El resultado que ello ha acarreado es que todos los procedimientos aludidos hayan sido ventilados bajo el mecanismo complementario del CIADI. Esto tiene como consecuencia jurídica el que los procedimientos seguidos no estén aislados del derecho arbitral del lugar del arbitraje de donde se siguieron.

Dicho resultado, si bien por el momento parece no haber generado mayor problema, es una lástima ya que una de las virtudes (y objetivos) de dicho tipo de procedimientos es el obviar el uso (y, con frecuencia, abuso) de los recursos judiciales nacionales para entorpecer el apropiado seguimiento del procedimiento arbitral, claro, esto sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI. Ante la interrogante a funcionarios mexicanos acerca de por qué México no es parte del Convenio CIADI, uno se encuentra con la abstracta respuesta de que es un paso que se está estudiando.

Como puede inferirse, la respuesta brindada es vacía por lo cual uno debe especular acerca de las verdaderas razones que han propiciado la renuencia a formar parte de dicha institución internacional. A mi únicamente se me ocurren las siguientes tres:

- a) La experiencia de México en el arbitraje internacional.
- b) El deseo de no ventilar casos que involucren a México en foros internacionales.
- c) El artículo 42 del Convenio CIADI.

A continuación se tratarán las razones mencionadas.

1. La experiencia de México en el arbitraje internacional

Hay quien sostiene que la experiencia que México ha tenido ante el arbitraje como método para resolver las controversias no ha sido del todo positiva, lo cual acarrea un cierto temor a volver a utilizar dicho método de solución de conflictos.

A su vez, considero que es contradictorio pensar que en una sociedad mundial “globalizada”, dentro de la cual las inversiones internacionales han crecido vertiginosamente y los países (especialmente en vías de desarrollo) compiten por atraer dichos flujos internacionales, un país que ocupa el importante lugar que México ocupa en el concierto de las naciones, especialmente como líder de diversos países en vías de desarrollo, pueda ignorar o le tenga miedo al método principal de solución de conflictos que en el mismo impera .

2. El deseo de no ventilar casos que involucren a México en foros internacionales.

Creo que dicha razón no constituye un motivo suficiente ni eficiente para constituir un verdadero obstáculo para la adhesión al Convenio CIADI. Más bien parece ser el producto de falta de reflexión suficiente.

Al incluir el uso del Mecanismo Complementario del CIADI en los instrumentos internacionales en los que se protege y fomenta la inversión extranjera en México¹ para luego no adherirse formalmente al Convenio CIADI se arriba a una situación contradictoria y se logra un resultado que bien puede calificarse como "lo peor de los dos mundos". Esto en razón de lo siguiente, por un lado, sí hay arbitraje para inversionistas extranjeros, pero, por otro lado, es un arbitraje cuyo potencial ha sido mermado mediante el uso parcial (y hasta desperdicio, en mi opinión) de un instrumento que presenta los beneficios del CIADI.

Si la razón que propicia la no-adhesión al Convenio CIADI es el deseo de no ventilar internacionalmente los problemas que involucren a México, entonces ¿por qué aceptar el arbitraje en otros instrumentos internacionales de inversión? Si mi percepción de la razón apuntada no es correcta, entonces ¿porqué no se acepta si el resultado es jurídicamente idéntico?. Como resultado de lo anterior, el status quo es que los inversionistas extranjeros sí cuenten con el acceso al arbitraje para resolver cualquier problema inherente a su inversión, pero el procedimiento arbitral aludido no cuenta con todas las armas que le brindan instituciones de la envergadura del CIADI.

Uno podría contestar a mi postura diciendo que es mejor poco arbitraje que ningún arbitraje. Disiento de dicha postura. A mi manera de ver o se contempla el arbitraje con todo su potencial o mejor no se contempla. Además, la comunidad financiera y jurídica internacional es lo suficientemente compleja como para percatarse que la situación actual no ofrece todas los atractivos que podría y que otras jurisdicciones/mercados sí ofrecen y así lo descontará de su análisis financiero acerca de la conveniencia de invertir en México vis-à-vis el

¹ A manera de ejemplos: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1997); Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 1998); Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de agosto de 1998); y Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos (suscrito en la ciudad de México el 13 de mayo de 1998 y publicado en el Diario Oficial de la Federación 10 de julio del 2000).

costo de oportunidad o la renta que le brindan otros mercados ante el riesgo que presentan ellos y el de México.

3. El artículo 42 del Convenio CIADI

Otra razón que puede detonar la reticencia de adherirse al Convenio CIADI puede serlo el artículo 42. Pues dicho precepto contempla un dispositivo impresionante: hace que el derecho internacional sea correctivo del derecho mexicano en materia de inversión extranjera. Uno no necesita ir muy lejos para imaginarse el tipo de argumentos que se pueden hacer para abogar por la no adhesión a dicho Convenio ante la existencia de dicho precepto (piénsese en el argumento ya de cajón de soberanía).

De ser el caso, ello pasaría por alto lo siguiente: el derecho internacional en materia de inversión extranjera ya se filtró al derecho mexicano y de una manera que tiene los mismos efectos que el artículo 42 del Convenio CIADI. El artículo 1105 del TLCAN dispone que el Estado huésped (en este caso México, Canadá y Estados Unidos de América) debe otorgar a los inversionistas de una Parte y a sus inversiones un "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas", lo que se conoce como "trato mínimo".

El resultado de dicho precepto es que una Parte en un procedimiento arbitral bajo el capítulo XI puede legítimamente citar precedentes y normas internacionales como vinculantes en el caso que se entable en contra de alguno de los Estados contratantes del TLCAN. En caso de que los mismos establecen un umbral de protección mayor que el trato que dicho Estado le está dando al inversionista o inversión correspondiente.

Mencionado lo anterior, se pone en relieve la falta de una razón que válidamente justifique el que el artículo 42 constituya una traba para la adhesión por parte de México del Convenio CIADI.

Todo esto por una parte, y por otro lado, tradicionalmente, un enfrentamiento ideológico y político ha existido entre, por un lado, los países ricos y exportadores de capital y, por otro, los países en vías de desarrollo e

importadores de capital. En resumidas cuentas, los países ricos desean apoyar a las compañías transnacionales o multinacionales, en su búsqueda de negocios en cualquier parte del mundo exigiendo el que se les garanticen los derechos de propiedad y contractuales que adquieran como resultado de dicha actividad.

Por otro lado, los países en vías de desarrollo, respondiendo en parte al legado de dominación económica existente durante la era del colonialismo, perciben la expansión de las transnacionales como una incursión neocolonialista que pone en riesgo su soberanía y bienestar a largo plazo. Tan exacerbada ha sido la división y falta de entendimiento entre estas dos posturas, que a la fecha no existe un tratado multilateral sobre la regulación de la protección a la inversión,² y la creación de uno ha sido calificado como una imposibilidad política (basta recordar la experiencia del Acuerdo Multilateral de Inversión o por sus siglas MAI).³

Ante tal antecedente debe analizarse la importancia y trascendencia de los casos que he mencionado. En este contexto, considero que dichos casos vienen a dar contenido a las abstractas pautas generales relativas al tema de derecho internacional de las inversiones extranjeras y son, por ello, un paso altamente plausible en las labores de desarrollo y progreso de este tema.

Las normas establecidas en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en la materia de inversión han sido producto o resultado de incorporar innumerables normas internacionales distribuidas en Tratados Bilaterales de Inversión, Tratados multilaterales, regionales etc. Nuestro país se ha dispuesto a eximir a los inversionistas de las Partes del tratado de casi todas los obstáculos que caracterizaron al pasado periodo restrictivo. Ha

² Si bien no existe un entendimiento multilateral acerca de este tema, existen cientos de tratados bilaterales de inversión que regulan la inversión extranjera. Si bien los BIT's no presentan un esquema completo relativo a las relaciones entre inversionista y Estado huésped, si aportan ciertas obligaciones del Estado frente al inversionista con respecto a su inversión, como lo es el deber de no expropiar salvo por causa de utilidad pública y mediante compensación, trato (mínimo, nacional y de nación más favorecida), etcétera.

aceptado normas a las que anteriormente se había opuesto, tal como lo es el mecanismo de solución de controversias de inversionista – Estado.

Además dentro del XI capítulo del TLCAN, se ha establecido el más impresionante y amplio conjunto de derechos que en épocas pasadas era impensable imaginar en un acuerdo internacional y que ahora los inversionistas extranjeros pueden gozar de ellos, ya que dentro de ese capítulo se contempla la eliminación de barreras, se otorgan garantías a las inversiones, se contiene los principios rectores de las inversiones por excelencia, así como los derechos sustantivos de los inversionistas. Dicho de otra manera, un resultado de estos casos es la lenta, pero progresiva cristalización y maduración del derecho internacional en materia de inversión extranjera que comienza a "obligar"⁴ a México, y cuyo contenido, desde el nacimiento del fenómeno de inversiones internacionales, había sido agresivamente disputado.⁵

De igual manera el Capítulo XI del TLCAN, establece el mecanismo de solución de controversias ante instancias imparciales, como es el caso del Arbitraje Internacional, dichas instancias son el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, esto con el fin de asegurar un trato igual entre inversionistas de las Partes del tratado de acuerdo al principio de reciprocidad internacional y debido proceso imparcial ante tribunales imparciales.

Cabe mencionar que el procedimiento inversionista - Estado que se contempla en el capítulo IX del TLCAN tiene deficiencias por lo cual se ha visto involucrado en críticas debido a que ha permitido a los inversionistas soslayar las salvaguardas procesales o de interés público favoreciendo un sistema

⁴ La anterior aseveración debe entenderse dentro de la premisa siguiente: si bien las decisiones que se han ido presentando no tienen fuerza legal para los casos que con posterioridad se presenten, sirven como fuente autoritaria/persuasiva que coadyuva a normar un criterio o entendimiento de lo que el derecho debe ser. Es decir, un *opinio iuris communis*.

⁵ Este "valor de precedente" de estos casos puede corroborarse ante, por ejemplo, el opinión presentado por el árbitro disidente en el caso *Waste Management* en el cual se analizó el caso *Ethyl* y el *Azinian*. A su vez, en el laudo de *Metalclad* analizó otro caso internacional cuyos hechos guardaban una gran similitud con el que se ventilaba: *Biloune, et al. vs. Ghana*.

carente de transparencia y sin previsión de salvaguardas públicas, como las ofrecidas en los procedimientos internos judiciales.

Considero importante mencionar, que los inversionistas extranjeros tienen capacidad para pasar por alto leyes y procesos legales locales a favor de derechos y procedimientos internacionales argumentando que estos violan las disposiciones sobre derechos contenidas en el Tratado. Esto se da debido a la falta de delimitación de los derechos de los inversionistas, que se prestan ha múltiples interpretaciones que dejan restringida la capacidad de los gobiernos para proteger el bienestar público. Es decir que la protección que otorga este capítulo a los inversionistas es una forma de atacar a los gobiernos donde se ha invertido, es por ello que se considera que estas disposiciones son una manera de eludir las reglamentaciones, y presionar a favor o en contra de acciones de los gobiernos que le sean repercutibles a las empresas extranjeras inversoras.

Es por ello que habría menos preocupación y mayor seguridad sobre el alcance e interpretación del capítulo XI del tratado de libre comercio en el mecanismo de solución que contempla, puesto que el alcance de las disposiciones que se contemplan son muy amplias, alentando a que las medidas que puedan someterse a arbitraje vayan en aumento por la falta de delimitación de los derechos de los inversionistas.

En los casos de las empresas Waste Management y de Ethyl Corporation, la interpretación de los tribunales respecto del artículo 1121 del TLCAN, no se interpretaron de la misma forma las condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje, dando como resultado que las resoluciones fueran contradictorias. Es sumamente preocupante que los tribunales estén pasando por alto los enfoques tradicionalistas del derecho relativo a la expropiación de una forma que amenaza en erradicar la doctrina de los poderes regulatorios, puesto que dentro del derecho internacional cuando algún Estado actúa de manera no discriminatoria para proteger sus bienes públicos, se entiende que dichas acciones quedan fuera del alcance de la

expropiación, pero si esta doctrina no se reconoce en el Capítulo XI del TLCAN, incluso ejercicios normales de autoridad se consideraran expropiaciones que requieran el pago de una indemnización. En el caso de Metalclad, el tribunal establecido no analizó si el gobierno mexicano actuó de una manera incompatible con el ejercicio normal de los poderes regulatorios; aquí el tribunal expuso que no había la necesidad de decidir ni considerar cual es la intención de la adopción de la medida ambiental en cuestión, si no que sólo consideró el impacto que ésta tenía sobre el inversionista. Tanto en el caso de Metalclad como el de Robert Azinian se analizó la violación del artículo 1110 del TLCAN, pudimos constatar que el Capítulo XI permite una gran cantidad de medidas de muy diversa índole puedan ser sometidas a estudio bajo el concepto de violación al tratado por realizar expropiaciones indebidas por parte de los gobiernos anfitriones de la inversión.

Un punto igualmente controvertido es la falta de transparencia del proceso, ya que los tribunales se reúnen en secreto, los miembros no son conocidos y no tienen la obligación de anunciar públicamente sus decisiones, y no se permite el acceso al público a audiencias, ni tampoco se distribuyen documentos sobre el litigio. Pero lo sorprendente es que estos tribunales establecidos para resolver las controversias de inversionista-Estado han revocado leyes, fallos judiciales, reglas ambientales todo ello para proteger a los inversionistas extranjeros y sus intereses de acuerdo al TLCAN.

Las disposiciones que marca el capítulo XI del TLCAN destinadas a garantizar seguridad y previsibilidad a los inversionistas, han creado ahora incertidumbre e imprevisibilidad para los gobiernos sede de las inversiones, esto como consecuencia de que un inversionista entable una demanda, de la incertidumbre en la interpretación de disposiciones y definiciones extensivas en las medidas comprendidas y de los inversionistas que pueden utilizar el procedimiento. La incertidumbre se ve aumentada por las estrategias que de las disposiciones sobre inversión por parte de intereses privados.

Sin duda creo que no es nada conveniente que los laudos dictados por tribunales arbitrales establecidos dentro del marco del TLCAN sienten precedente por todas las deficiencias que enfrenta este mecanismo. Pues sería sumamente injusto el tener que cumplir obligatoriamente con las decisiones que tomen los tribunales y pues solo acarrearía el desinterés y mala fama de éste método alternativo para la solución de conflictos. Dentro del capítulo XI se establece que la Comisión de Libre Comercio es el órgano encargado de realizar interpretaciones declarativas, esto es que, se realizan interpretaciones sobre las disposiciones del Tratado y son obligatorias para los Tribunales que se establezcan para resolver controversias relativas a inversión, y esto sin duda es muy importante ya que a través de esta función la Comisión puede delimitar los derechos obligaciones de los inversionistas, evitando las amplias y múltiples interpretaciones que se hacen de los preceptos contenidos en el Capítulo en mención.

Creo que la forma de solucionar este problema sería que los tres países signatarios del Tratado de Libre Comercio para América del Norte redujeran esa incertidumbre creada por las disposiciones del propio tratado pero no mediante precedentes, sino mediante declaraciones interpretativas de determinadas disposiciones del capítulo XI, por las cuales se garantice seguridad, certeza y previsibilidad para ejercer sus funciones y por otro lado mantener la seguridad del inversionista para desafiar las medidas gubernamentales discriminatorias y permitiendo las Partes, el acceso tanto a documentos como al público en el procedimiento, porque si los gobiernos promovieran el acceso a todo el público y a la documentación sería más difícil que se ejerciera presión a éstos por parte de los inversionistas, porque en la actualidad este mecanismo protege la privacidad comercial de los inversionistas, y en estos momentos la transparencia es fundamental y más en este tipo de procedimientos que deber dar seguridad a los interesados de que el procedimiento se ha llevado a cabo legítimamente.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BECERRA BAUTISTA JOSÉ** . El Proceso Civil en México. 5ª ed. Ed. Porrúa. México, 1975. pp. 741
2. **CARNELUTTI FRANCESCO**. Derecho Procesal Civil y Penal. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina,1971.pp. 210
3. **CRAIG W. LAURENCE**. International Chamber of Commerce Arbitration. 3a. ed. Ed. Oceana Publications, Inc., 2000. pp. 670.
4. **DÍAZ LUIS MIGUEL**. Arbitraje: Privatización de la justicia. Ed. Themis. México. 1991. pp. 396
5. **FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS**. Derecho del Comercio Internacional. Ed. Eurolex. Madrid, España, 1996, pp. 169
6. **HUSTED, STEVEN Y MELVIN, MICHAEL**. International Economics. 4a. ed. Ed. Addison-Wesley. Estados Unidos.1998. pp.610.
7. **KESSEL GEORGINA**. Lo Negociado en el TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio. Ed. Mc Graw Hill. México 1994. pp. 210
8. **MOREIRA RODRÍGUEZ HÉCTOR**. Entendiendo el TLC. Centro de Estudios Estratégicos del ITESM. Ed. Fondo de Cultura Económico. México. 1995. pp. 268
9. **ORTIZ ALFH LORETA, FERNANDO VAZQUEZ PANDO Y LUÍS MIGUEL DÍAZ**. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos. Ed. Editorial Themis. México 1998. pp. 176
10. **ORTIZ MENA, ANTONIO**. “La Solución de controversias en el TLCAN: Esbozo”. Ed. CIDE, México. 2002 pp. 110
11. **OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI**. “La Mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ed. Instituto de Documentación e

Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México. pp. 210

12. **OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI**. Notas y Estudios sobre el Proceso Civil. Ed. UNAM. México.1994. pp.159.
13. **PÉREZCANO DÍAZ, HUGO**. La Solución de las controversias en el mercado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Ed. Pereznieto Editores. México. pp. 315
14. **REYNAL BAEZA MARISOL**. “Análisis del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y la entrada de México en éste”. Ed. Universidad de las Américas Publicaciones. Puebla. 2002. México. pp. 172
15. **SILVA JORGE ALBERTO**. Arbitraje Comercial Internacional en México. Ed. Pereznieto Editores. México.1994. pp. 542
16. **URIBARRI CARPINTERO GONZALO**. El Arbitraje en México. ed. Colección de estudios jurídicos. Ed. Oxford. México, 1999. pp.214.
17. **WITKER JORGE**. Introducción al Derecho Económico. Ed. Harla. México 1995. pp. 237

LEGISLACIÓN

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código De Comercio.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Civil Federal.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Federal de Procedimientos Civiles

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ley de Inversión Extranjera.

CONVENIO PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS.

LEY DE ARBITRAJE INTERNACIONAL.

LEY PARA LA CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS.

MECANISMO COMPLEMENTARIO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y COMPROBACIÓN DE HECHOS.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.

OTRAS FUENTES

- **SELECTED ESSAYS.** BROCHES, ARON. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- **SELECTED ESSAYS.** BROCHES, ARON. Investissements Etrangers et Arbitrage entre etats et Personnes Privees. La Convention BIRD du 18 Mars 1965, París, Pedone.
- **SELECTED SEÁIS.** BROCHES, ARON. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon, 1969.
- **EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN Y EL EQUILIBRIO DE INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS.** <http://www.itam.mx>
- **DICCIONARIO DE DERECHO.** DE PINA, RAFAEL Y RAFAEL DE PINA VARA Ed. Porrúa. México 2003.
- **REVISTA DE DERECHO PRIVADO.** EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE TIPO AD HOC Y EL ARBITRAJE CCI UNAM.
- **EL FALLO DE NAFTA EN EL CASO METALCLAD CONTRA MÉXICO.** <http://www.wforum.org/>
- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa. UNAM .México 2002.
- **LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS Y EL BIENESTAR PÚBLICO: EVALUACIÓN DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.** HOWARD MANN Y KONRAD VON MOLTKE. <http://www.iisd.org>

- **INTERNATIONAL ARBITRATION LAW.** Kluwer Law and Taxation Publishers. Holanda.1990.
- **REVISTA DE COMERCIO EXTERIOR.** MALDONADO MARTINZ D. A Volumen XXXIX.
- **ARBITRATION WITHOUT PRIVITY.** PAULSSON, JAN ed. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 10. Estados Unidos,1995.
- **REVISTA ALEGATOS NO.32.** LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA MATERIA. PÉREZ MIRANDO RAFAEL. Ed. Universidad Autónoma Metropolitana. Órgano de diferencias del departamento de derecho. División de ciencias sociales y humanas. México enero / abril de 1996.
- **II MÓDULO DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EL TLC UNA INTRODUCCIÓN.** PÉREZ NIETO CASTRO LEONEL.. Universidad de Sonora, México 1994.
- **REVISTA JURÍDICA PEMEX LEX. NO. 75-76.** VELARDE ESTRADA, ROGELIO. “Breves apuntes en torno al Capítulo de inversión del TLC”.. Revista Jurídica PEMEX Lex Septiembre/Octubre de 1994. México.
- <http://www.nafta.org>
- <http://www.imf.org>
- <http://www.mercosur.org>
- <http://www.aladi.org>
- <http://www.uncitral.org>
- <http://www.ucab.edu>.
- <http://www.rrz.uni-hamburg.de>
- <http://iadc.iwa.org>
- <http://www.bibliojuridica.org>
- <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>
- <http://www.camex.com.mx>
- <http://realidadjuridica.uabc.mx>
- <http://lanic.utexas.edu>
- <http://www.se.gob.mx>