

*Fernando Estavillo Castro**

La figura del arbitraje en el TLCAN: evolución y propuestas

SUMARIO: I. Preámbulo. II. El sistema de solución de controversias del TLCAN. III. Capítulo XI, Sección B. Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte. IV. Capítulo XIV, artículos 1414, solución de controversias, y 1415, controversias sobre inversión en materia de servicios financieros. V. Capítulo XIX, procedimientos de revisión y solución de controversias en materias de cuotas antidumping y compensatorias. VI. Capítulo XX. Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias. VII. Bibliografía.

I. Preámbulo

Curiosamente, para hablar de la figura del arbitraje en el TLCAN, y comprender la influencia de éste en el campo del arbitraje, es indispensable remontarse a los años que precedieron la firma del TLCAN, ya que la mayor parte de las reformas legislativas que tuvieron por objeto principal el arbitraje -o que no teniendo éste como objeto principal, lo incluyeron- fueron promulgadas durante el período comprendido entre el inicio de las negociaciones que condujeron a la firma del TLCAN, y la fecha en que éste entró en vigor.

En efecto, mientras diversos comentaristas mencionan como antecedente directo del TLCAN el Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior 1990-1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de enero de 1990, tratándose específicamente del TLCAN su antecedente directo es la reunión celebrada el 10 de junio del mismo año en Washington, D.C. entre los entonces presidentes Carlos Salinas de Gortari y George Bush, quienes al conversar sobre las relaciones entre sus respectivos países concluyeron que el establecimiento de un tratado de libre comercio entre México y los

* Coordinador del Comité de Mediación y Arbitraje de ANADE.

Estados Unidos de América sería el mejor de los medios para ampliar los flujos de comercio e inversión entre ambos países y contribuir al crecimiento de sus economías.

El 8 de agosto de 1990, durante la VIII Reunión de la Comisión Binacional México-Estados Unidos, el Secretario de Relaciones Exteriores de México expresó el interés de este país en negociar un tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América, y mediante carta de fecha 21 de agosto de 1990 el Presidente de México solicitó formalmente al Presidente de los Estados Unidos de América la realización de pláticas para la negociación y firma de dicho tratado, y este último solicitó a su Congreso la autorización respectiva.

Habiendo manifestado posteriormente Canadá su deseo de participar en las negociaciones del tratado, el 5 de febrero de 1991 los presidentes de México, Estados Unidos de América y Canadá anunciaron mediante un comunicado conjunto su intención de negociar el TLCAN. El 12 de junio de 1991 se iniciaron las negociaciones formales del TLCAN en Toronto, Canadá, y culminaron en la firma del TLCAN por los titulares del Poder Ejecutivo de los tres países, el 17 de diciembre de 1992, para entrar en vigor el 1º de enero de 1994.

Acto seguido, a medida que avanzaban las negociaciones del TLCAN, sus efectos empezaron a manifestarse en el derecho positivo mexicano, mediante diversas reformas legislativas encaminadas a preparar el inminente advenimiento del TLCAN.

Ejemplos de dichas reformas, son la del Código de Comercio¹ para incorporar en el Título Cuarto de su Libro Quinto, casi a la letra, la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Arbitraje Comercial Internacional; la de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios,² para permitir, tanto al organismo principal como a sus subsidiarios, el sometimiento de sus controversias a arbitraje; la de la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica,³ para permitir a la Comisión Federal de Electricidad el sometimiento de sus controversias a arbitraje; y la nueva Ley de Adquisiciones y Obras Públicas,⁴ que excluyó a los organismos descentralizados de la obligación de someter sus controversias a los tribunales federales sólo cuando sus leyes no regulasen esa materia de manera expresa, y dispuso además que sólo podría pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determinase la Secretaría de Hacien-

¹ Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1993.

² Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1993.

³ Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1993.

⁴ Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1993.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

da y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.⁵

II. El sistema de solución de controversias del TLCAN

El sistema de autorregulación y solución de controversias del TLCAN fue calificado en su momento⁶ como uno de los aspectos más sobresalientes y novedosos del tratado, al incluir un sistema que va desde las consultas entre las Partes hasta el establecimiento de instancias resolutorias de carácter supranacional, lo que según opinión de Pereznieto hace del TLCAN *un tratado de "tercera generación", al crear un sistema de solución de controversias basado en los principios del arbitraje comercial internacional, sin constituir un aparato burocrático como es el caso de los tratados que establecen la Comunidad Económica Europea.*

El sistema de solución de controversias del TLCAN, incluye tanto el método de remisión a los sistemas de solución de controversias de otros acuerdos internacionales, tales como el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y el método de consultas entre las Partes,⁷ bajo diferentes modalidades, como la obligación de las Partes de establecer procedimientos de impugnación internos que permitan oponerse a los actos de autoridad de los países suscriptores del TLCAN, y mecanismos específicos de solución de controversias.⁸

Los mecanismos específicos de solución de controversias del TLCAN, son (i) el correspondiente al Capítulo XI, Sección B, relativo a solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte, en materia de inversión; (ii) el del artículo 1415 (Capítulo XIV), para servicios financieros; (iii) los procedimientos de revisión y solución de controversias en materias de antidumping y cuotas compensatorias, del Capítulo XIX; y, (iv) los procedimientos para solución de controversias a que se refiere el Capítulo XX.

El TLCAN también contiene en su Capítulo VII algunas disposiciones sobre solución de controversias comerciales privadas en materia de productos agropecuarios, así como también existen acuerdos paralelos o complementarios celebrados el

⁵ Para un exhaustivo análisis cronológico de las diversas reformas legislativas relacionadas con el libre comercio –la mayoría de ellas motivadas por el TLCAN– ver Lucinda Villarreal Corrales, *TLC, las reformas legislativas para el libre comercio.*

⁶ Ver Leonel Pereznieto Castro, *Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio.*

⁷ Cada uno de los países suscriptores del TLCAN.

⁸ Ver Leonel Pereznieto Castro, obra citada, y José Luis Siqueiros, obras citadas en bibliografía.

14 de septiembre de 1993 sobre cooperación en materias ambiental y laboral, que a su vez contienen disposiciones sobre solución de controversias mediante paneles arbitrales, a cuyos integrantes se denomina como *panelistas* y no como *árbitros*, facultados para determinar si a la luz del acuerdo respectivo ha existido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada y, de haberla, dictar recomendaciones para la solución de la controversia. Además, en caso de reunirse el panel una segunda vez para revisar el cumplimiento de un plan de acción recomendado, tiene facultades para imponer sanciones en caso de incumplimiento.⁹

III. Capítulo XI, Sección B. Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte

Este procedimiento resulta quizá el más novedoso y trascendente del sistema de solución de controversias aportado por el TLCAN –y bien podría decirse que hasta antes de la súbita aparición del TLCAN en la agenda política, jurídica y comercial de México habría parecido impensable– por representar un mecanismo en virtud del cual un inversionista privado (persona física o moral), nacional de una de las Partes suscriptoras del TLCAN, puede oponerse a un acto de autoridad proveniente del gobierno (federal, estatal o municipal) de otra Parte, que a su vez se obliga a someter la controversia respectiva a la decisión de un tribunal arbitral imparcial, *ad hoc* y privado, integrado por individuos independientes; y todo ello, sujeto además a que el inversionista reclamante, además de consentir su sometimiento al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN, renuncie a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto del acto de autoridad que se reclame.

La súbita aceptación por México de un sistema de protección de inversiones hasta entonces inédito en el país, mediante el Capítulo XI del TLCAN, y la adopción del arbitraje como el mecanismo idóneo para garantizar esa protección a los inversionistas de las Partes, no sólo se constituyó en un mensaje generador de confianza para los inversionistas provenientes del extranjero, sino en el punto de partida para el establecimiento de sistemas similares en otros tratados de inversión tanto bilaterales como multilaterales suscritos por México.¹⁰

⁹ José Luis Siqueiros, *La solución de controversias en el marco del TNL*.

¹⁰ Ver, sobre todo el tema relativo a protección de inversiones y arbitraje de inversión, a Francisco González de Cossío, *Arbitraje de Inversión*.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

Para la admisibilidad de la reclamación al amparo de este capítulo del TLCAN, deberán haber transcurrido más de seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motiven la reclamación, mas menos de tres años, e independientemente de ello las partes contendientes deberán intentar primero dirimir la controversia por vía de *consulta* o *negociación*, razón por la cual, el inversionista contendiente debe notificar a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos noventa días naturales antes de que se presente formalmente la reclamación.

El procedimiento arbitral podrá ser substanciado de acuerdo con (i) el Convenio del CIADI,¹¹ siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista sean suscriptoras de dicho convenio; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea suscriptora del Convenio del CIADI; o, (iii) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

En virtud de lo anterior, actualmente el Convenio del CIADI sólo puede ser utilizado en controversias que involucren, como Parte o como Parte del inversionista, a los Estados Unidos de América y Canadá, dado que si bien este último país no era parte del Convenio del CIADI cuando firmó el TLCAN, se convirtió en el signatario número 155 del Convenio del CIADI el 15 de diciembre de 2006. Consecuentemente, en los casos en que México sea Parte no es posible la aplicación del Convenio del CIADI, y pueden ser utilizadas las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; sin embargo, en los arbitrajes en que México ha sido Parte, la constante ha sido la aplicación de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

El tribunal arbitral podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la Parte contendiente, para asegurar la jurisdicción del tribunal o para preservar pruebas bajo el control de una Parte contendiente, mas no podrá ordenar el embargo ni la suspensión de la medida objeto de la controversia.

En el laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal arbitral sólo podrá otorgar, por separado o en combinación, el pago de daños pecuniarios e intereses así como la restitución de propiedad al inversionista, en cuyo caso el laudo debe disponer que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución. El tribunal también podrá otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables, mas no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo.

¹¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965.

El laudo arbitral es obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto, y debe ser cumplido sin demora, además de que cada una de las Partes debe disponer la debida ejecución de los laudos en su territorio; sin embargo, también se dispone que una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de un laudo antes de satisfacer los supuestos que correspondan según lo dispuesto por las reglas aplicables al arbitraje respectivo. En el caso de México, si bien no procede la ejecución del laudo conforme al procedimiento previsto por el Convenio del CIADI por no ser México parte de éste, son aplicables tanto la Convención de Nueva York como la Convención Interamericana.¹²

Inexplicablemente, contra la tendencia prevaleciente mundialmente y aun de manera contradictoria con su propia política de contemplar el arbitraje CIA-DI en los diversos instrumentos de inversión que ha suscrito, México sigue siendo renuente a la suscripción del Convenio del CIADI, por lo que el mecanismo arbitral contenido en éste no es aplicable. Si bien el tema parece seguir siendo polémico –lo que cada vez carece menos de sentido– en las circunstancias actuales es deseable que México llegue a ser parte de dicho Convenio en un futuro cercano.¹³

Conforme a la información publicada por la Secretaría de Economía, al cierre del año 2009 los casos de México en materia de arbitraje de inversión al amparo del TLCAN sumaban doce casos concluidos y tres casos activos, y además existían cinco avisos de intención de sometimiento de reclamación al arbitraje.

La conducta de México en los arbitrajes en que ha participado ha sido ejemplar y, a la altura de los estándares esperados de países civilizados y con una cultura arbitral de primer nivel; y tratándose del arbitraje de inversión, considerando su creciente utilización a nivel mundial y la expectativa de que así siga sucediendo, son dignas de atención –y aquí recojo– las dos recomendaciones específicas de Francisco González de Cossío,¹⁴ consistentes en la conveniencia de la ratificación del Convenio del CIADI por parte de México, y en la necesidad de *realizar un programa de publicidad y conocimiento por todas las autoridades de la república sobre el derecho de las inversiones extranjeras, incluyendo los tratados de*

¹² Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958, y Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975, respectivamente.

¹³ Así lo manifiesta Francisco González de Cossío de Cossío en su obra antes citada, y en el mismo sentido se ha manifestado el Instituto Mexicano del Arbitraje en la postura respectiva, publicada en su página de internet (www.imarbitraje.org.mx).

¹⁴ Francisco González de Cossío, obra citada.

inversión, para evitar la repetición de experiencias amargas, como aquéllas que cita, que con conocimiento del tema por parte de las diversas autoridades del país, podrían ser evitadas.

IV. Capítulo XIV, artículos 1414, solución de controversias, y 1415, controversias sobre inversión en materia de servicios financieros

Conforme al artículo 1414, las controversias que surjan respecto del Capítulo XIV del TLCAN deberán ser resueltas conforme a las “Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias” contenidas en la Sección B del Capítulo XX del TLCAN, con las modificaciones contenidas en dicho artículo 1414, que regula la integración de los paneles en materia de servicios financieros.

El artículo 1415 se refiere a las reclamaciones relacionadas con inversión en materia de servicios financieros, que un inversionista de una Parte someta a arbitraje al amparo de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, en las que la Parte demandada podrá invocar las excepciones previstas en el artículo 1410 (Capítulo XIV), que permiten a la Parte demandada impedir que la reclamación sea resuelta por el panel en materia de servicios financieros -o por un tribunal arbitral- por motivos prudenciales tales como (i) proteger a inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, y otros; (ii) mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos; y, (iii) asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de una Parte. A solicitud de la Parte demandada que oponga la excepción, el tribunal arbitral debe remitir el asunto al Comité de Servicios Financieros para su decisión, y mientras tanto el tribunal no podrá proceder hasta que haya recibido una decisión o un informe de dicho comité, cuya resolución será obligatoria para el tribunal.

V. Capítulo XIX, procedimientos de revisión y solución de controversias en materias de cuotas antidumping y compensatorias

Este capítulo contempla tres procedimientos principalmente, que son¹⁵ (i) el de revisión de las reformas legislativas, (ii) el de revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, y (iii) el procedimiento de im-

¹⁵ Leonel Perezniето Castro, obra citada.

pugnación extraordinaria; y contempla asimismo la solución de controversias mediante dos paneles *ad hoc* y dos comités, como sigue:¹⁶ (i) un tribunal arbitral¹⁷ (artículos 1902.2 y 1903), facultado para determinar si una reforma legislativa en materia de cuotas antidumping y compensatorias es o no congruente con el TLCAN; (ii) un tribunal arbitral¹⁸ (artículo 1904), para las resoluciones que dicten los órganos nacionales de las Partes, en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias; (iii) un comité (artículo 1905), para la salvaguarda del procedimiento de revisión ante el panel; y, (iv) un comité de impugnación extraordinaria (artículo 1904.13 y anexos 1904.13 y 1911), cuyas resoluciones son obligatorias para las Partes.

En opinión de Julio C. Treviño¹⁹ expresada durante el período de negociación del TLCAN –y que con razón comparten otros autores– *los procedimientos de resolución por los paneles binacionales no tienen nada que ver con el arbitraje comercial internacional, aunque guardan cierta semejanza con procedimientos arbitrales pero se ubican definitivamente en el campo del derecho internacional público.*

El procedimiento para revisión de reformas legislativas tiene por objeto la solución de controversias surgidas con motivo de la adopción de medidas legislativas por una de las Partes en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, y está a cargo de un panel binacional integrado por cinco *panelistas*. La resolución del panel tiene la naturaleza de una *opinión declarativa*, susceptible de dar lugar a consultas entre las Partes, con miras a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Si la resolución del panel consistiere en la recomendación de adoptar modificaciones legislativas y la Parte demandada no las adoptase, la Parte afectada puede adoptar medidas administrativas o legislativas equiparables, o denunciar el tratado.

El procedimiento para revisión de resoluciones definitivas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias es de mayor complejidad y sustituye a la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas que dicten sobre esta materia las autoridades internas de cada Parte, y también está a cargo de un panel binacional integrado por cinco *panelistas*. La resolución del panel es definitiva y no sujeta a revisión judicial por la Parte importadora, y cada una de las Partes debe establecerlo así en su legislación interna. En el caso de México, y según ha sido confirmado por el Poder Judicial Federal,

¹⁶ Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas Conexos*; y Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney, *El Arbitraje*.

¹⁷ En realidad, un panel, conforme al texto del TLCAN.

¹⁸ Un panel, conforme al texto del TLCAN.

¹⁹ Julio C. Treviño, *El Arbitraje en el Contexto del Tratado de Libre Comercio*.

no es procedente el juicio de amparo contra las resoluciones dictadas por los paneles binacionales.²⁰

El procedimiento de impugnación extraordinaria tiene por objeto la revisión de la resolución dictada por un panel, cuando uno de sus miembros haya sido acusado de falta grave, parcialidad, grave conflicto de intereses u otra forma de violación de las normas de conducta; cuando se impute al panel el apartamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; cuando el panel se haya excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción; y cualquiera de las acciones anteriores haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional.

El comité de impugnación extraordinaria debe quedar integrado por tres miembros, que se seleccionarán de una lista de quince jueces o personas que lo hayan sido, y la resolución del comité es obligatoria para las Partes. El comité puede anular el fallo original dictado por el panel binacional, o bien puede devolverle dicho fallo para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité. En caso de que el comité anule el fallo original del panel, se deberá instalar un nuevo panel.

Conforme a la información publicada por la Secretaría de Economía, al cierre del año 2009 los casos sometidos a paneles al amparo del Capítulo XIX del TLCAN sumaban ciento veinticinco, de los cuales ciento dieciséis habían sido resueltos y nueve estaban pendientes; y de ellos, los casos en contra de México sometidos a paneles al amparo del Capítulo XIX del TLCAN sumaban dieciocho casos, de los cuales diecisiete han sido resueltos, y uno estaba pendiente. Asimismo, nunca ha prosperado una impugnación extraordinaria y, de las tres que se han promovido, la ECC-2000-1904-01USA correspondió a cemento gray portland y clinker, procedentes de México, y el comité de impugnación extraordinaria negó de forma unánime la petición del gobierno de los Estados Unidos de América y confirmó la decisión del panel binacional tomada el 18 de junio de 1999.

Tratándose de este capítulo del TLCAN, de particular importancia principalmente por su trascendencia para las exportaciones de productos nacionales a los Estados Unidos y Canadá –uno de los principales objetivos de la celebración del TLCAN- como de las importaciones de productos de dichos países a México, es evidente que así como la ardua negociación de este capítulo hasta su inclusión en el TLCAN requirió de un esfuerzo conjunto, disciplinado y coor-

²⁰ Oscar Cruz Barney, *Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

dinado, del gobierno y de las diversas ramas integrantes del sector privado de México, su aplicación diaria por parte del gobierno y del sector privado requieren de una alta especialización profesional, por lo que en consecuencia, cualesquiera revisiones o modificaciones al sistema diseñado conforme a este capítulo, con miras a su mejora, debe nuevamente quedar en manos de las instancias técnicamente más capaces del gobierno mexicano, en un trabajo interdisciplinario y de equipo con los interlocutores profesionalmente más capaces de las diversas ramas integrantes del sector privado de México, en un esfuerzo conjunto, disciplinado y coordinado, equivalente al que en su momento requirió la negociación de este capítulo del TLCAN, para poder capitalizar la experiencia adquirida durante los años de su vigencia, que a la fecha suman dieciséis.

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

Este capítulo se divide en tres secciones, de las cuales la Sección A se refiere únicamente a instituciones, que consisten en la Comisión de Libre Comercio y en su Secretariado; la Sección B se refiere al mecanismo genérico de solución de controversias entre las Partes, relativas a la aplicación o interpretación del TLCAN, incluyendo además diversos procedimientos preventivos que tienen el objetivo de evitar la fase contenciosa; y, la Sección C, se refiere a procedimientos internos y a la solución de controversias comerciales privadas.²¹

Conforme al sistema de la Sección B del Capítulo XX, se enfatiza el compromiso de las Partes de procurar llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del tratado mediante cooperación y consultas, esforzándose por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria; y en cuanto al recurso a los procedimientos de solución de controversias entre las Partes, se estipula que, salvo por los asuntos que comprende el Capítulo XIX, y que se disponga otra cosa en el propio TLCAN, las disposiciones para solución de controversias del Capítulo XX se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la interpretación del TLCAN, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida de otra Parte podría ser incompatible

²¹ Ver José Luis Siqueiros, *La Solución de Controversias en el Marco del TNLC*, Leonel Pereznieta Castro, obra citada, y Fernando A. Vázquez Pando y Loretta Ortiz Ahlf, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

con el tratado o pudiera causar anulación o menoscabo según el sentido del Anexo 2004 del mismo.

En la misma Sección B se regulan los procedimientos preventivos de *buenos oficios, conciliación y mediación*, a cargo de la Comisión de Libre Comercio, así como el mecanismo de *consultas* entre las partes, y el procedimiento a seguir en cada caso. De igual manera, en esta sección se prevé la solicitud de integración de un panel arbitral, a petición de la Parte interesada, cuando el procedimiento preventivo intentado no haya dado resultado dentro del plazo fijado en cada caso.²² El panel arbitral de que se trata se compondrá de cinco miembros, y el procedimiento para su integración es el ahí señalado.

Al concluir el procedimiento, el panel arbitral debe presentar a las Partes contendientes un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime, sin indicar la identidad de los panelistas que hayan votado con la mayoría o la minoría. Una vez recibido dicho informe, las Partes contendientes deben convenir en la solución de la controversia según las determinaciones y recomendaciones del panel; y siempre que sea posible, la resolución deberá consistir en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con el tratado, o que sea causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004. A falta de resolución, podrá otorgarse una compensación.

En caso de que el informe del panel determine que la medida de la Parte demandada es incompatible con el tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004, y la Parte demandada no llegue a un acuerdo con las Partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria, la Parte reclamante puede suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la demandada. En caso de controversia respecto al nivel de los beneficios suspendidos, a solicitud de cualquiera de las Partes contendientes la Comisión de Libre Comercio debe instalar un nuevo panel que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido a la Parte demandada.

La Sección C del Capítulo XX regula en su artículo 2020 los procedimientos ante instancias judiciales y administrativas internas para el caso de que surja una cuestión de interpretación o de aplicación del tratado en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte, mientras que en su artículo 2021 dispone que ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna a cualquiera de las otras Partes, con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con el TLCAN.

²² Leonel Perezniето Castro, obra citada.

El artículo 2022, cuya inclusión en el TLCAN ha sido generalmente bienvenida en cuanto al fondo, también ha sido criticada por su ubicación dentro de un capítulo del tratado que se refiere a controversias entre las Partes (los Estados suscriptores del TLCAN) en materia de interpretación o aplicación del TLCAN, mientras el artículo 2022 se refiere a *medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares*, por lo que la ubicación de las disposiciones objeto de dicho artículo dentro del Capítulo XX, ha sido calificada como *técnicamente fuera de contexto*.²³

Conforme al artículo 2022, cada Parte debe promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares de la zona de libre comercio, para lo cual cada Parte debe disponer procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien para resolver esas controversias.

Para efectos del cumplimiento de la obligación consistente en disponer los procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos, se considerará que las Partes cumplen con dicha obligación si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (Convención de Nueva York), o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975 (Convención de Panamá).

México ha dado puntual cumplimiento a las diversas obligaciones antes mencionadas,²⁴ ya que tratándose de la promoción y facilitación del recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares, con anterioridad a la iniciación de la vigencia del TLCAN reformó el Código de Comercio²⁵ para incorporar en el Título Cuarto de su Libro Quinto (artículos 1415 a 1463), solo con modificaciones menores, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo que en la práctica significó un parteaguas que marca el inicio de la época moderna del arbitraje en México, y el desarrollo del mismo, respecto al cual bien puede decirse que cada año supera al precedente.

²³ José Luis Siqueiros, *Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias en el TLC*; y, *La Solución de Controversias en el Marco del TNLC*; y Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas Conexos*.

²⁴ Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas Conexos*; José Luis Siqueiros, *El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN*; Fernando A. Vázquez Pando y Loretta Ortiz Ahlf, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

²⁵ Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1993.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

También se reformó la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios,²⁶ para permitirles el sometimiento de sus controversias a arbitraje, y asimismo se reformó la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica,²⁷ para permitir a la Comisión Federal de Electricidad el sometimiento de sus controversias a arbitraje, gracias a lo cual tanto PEMEX como CFE han podido pactar sin dificultad el arbitraje en sus contratos más importantes, y son actualmente los mayores usuarios del arbitraje.

Además de las reformas anteriores, se aprobó una nueva Ley de Adquisiciones y Obras Públicas,²⁸ que excluyó a los organismos descentralizados de la obligación de someter sus controversias a los tribunales federales sólo cuando sus leyes no regulasen esa materia de manera expresa, y dispuso además que sólo podría pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determinase la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.²⁹ Desafortunadamente tales reglas, necesarias para una mayor expansión del arbitraje, no llegaron a ser expedidas por dicha Secretaría ni posteriormente por la Secretaría de la Función Pública.

Por lo que respecta a la obligación de disponer procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien, México había cumplido con dicha obligación mucho antes de que el TLCAN fuera un proyecto en la agenda del país.

En efecto, si bien México no suscribió en su origen la Convención de Nueva York, ésta quedó abierta a la adhesión de cualquiera de los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas mediante depósito del Instrumento de Adhesión ante el Secretario General de la ONU, y fue así como México la ratificó sin reservas, y a continuación fue aprobada por la Cámara de Senadores el 15 de octubre de 1970, se efectuó dicho depósito el 14 de abril de 1971, y el Presidente de la República promulgó el decreto respectivo el 1 de junio de 1971, siendo publicado en el Diario Oficial de 22 de junio de 1971.³⁰

El hecho de que México ratificó la Convención de Nueva York sin hacer la “*reserva de reciprocidad*” ni la “*reserva comercial*”, previstas en la Convención, im-

²⁶ Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1993.

²⁷ Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1993.

²⁸ Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1993.

²⁹ Para un exhaustivo análisis cronológico de las diversas reformas legislativas relacionadas con el libre comercio –la mayoría de ellas motivadas por el TLCAN– ver Lucinda Villarreal Corrales, *TLC, las reformas legislativas para el libre comercio*.

³⁰ José Luis Siqueiros, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Mexicana*.

plica que su aplicabilidad en México no está sujeta a la reciprocidad del estado en cuyo territorio haya sido dictada la *sentencia arbitral* (laudo) que se pretende ejecutar; y en cuanto a la *reserva comercial*, implica que la Convención no sólo se aplicará en México para el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en materia comercial, sino también para la ejecución de laudos dictados en arbitrajes sobre materia distinta de la comercial.

Asimismo, por lo que respecta a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, auspiciada por la Organización de los Estados Americanos y conocida como Convención de Panamá, México la suscribió el 27 de octubre de 1977, la ratificó el 15 de febrero de 1978 y procedió a su depósito el 27 de marzo de 1978, siendo publicada en el Diario Oficial el 27 de abril de 1978.

Si bien en México y otros países del continente americano la aplicación de la Convención de Panamá podría tener preeminencia sobre la Convención de Nueva York, siguiendo los criterios de ley posterior y especificidad regional,³¹ e incluso la Convención de Panamá tiene a su favor el argumento de que no está limitada al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, sino que es aplicable genéricamente al arbitraje comercial internacional, también es relevante el hecho de que en primer lugar la Convención de Nueva York tiene un alcance incluyente al no limitarse a la materia comercial, mientras que la de Panamá se limita por definición al arbitraje comercial; y en segundo lugar, tratándose del propio continente americano es la Convención de Nueva York y no la de Panamá la que lo cubre casi en su totalidad, en virtud de que esta última, a pesar de su pretensión interamericana, no ha sido firmada por Canadá, Cuba ni Haití, que en cambio ratificaron la Convención de Nueva York desde los años 1986, 1974 y 1983, respectivamente.

Actualmente existe una corriente que aboga por la denuncia de la Convención de Panamá, no solamente por la circunstancia de que su objeto queda cubierto ventajosamente por la Convención de Nueva York sino por la problemática que puede resultar en la práctica en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, como consecuencia de la duplicidad de ambas convenciones y de la eventual discrepancia en algunos de sus términos, que hacen preferible la circunscripción a la Convención de Nueva York en aras de mejores certeza y seguridad jurídicas.

El artículo 2022 del TLCAN contiene también la obligación de establecer un Comité consultivo de controversias comerciales privadas, integrado por perso-

³¹ José Luis Siqueiros, *ibídem*; y Carlos Loperena Ruiz, *Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales Extranjeros en México*.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

nas con conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas, que presente informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre cuestiones generales enviadas por ésta, relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias en la zona de libre comercio.

Dicho Comité fue constituido desde el año 1994 y está integrado por treinta especialistas (diez por cada una de las Partes del TLCAN). De los diez especialistas que corresponde designar a cada país, dos representan al sector público y el resto a la iniciativa privada. Desde su creación el Comité ha celebrado reuniones periódicamente en diversos lugares de cada uno de los países miembros del TLCAN y ha integrado diversos grupos de trabajo, y particularmente durante sus primeros años de existencia desempeñó un papel decisivo y de especial importancia en la difusión del arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias, auspiciando diversos eventos que tuvieron como objetivo a la comunidad empresarial y en especial a pequeños y medianos empresarios, así como a la judicatura federal y local y a las instituciones educativas.³²

El efecto multiplicador de dichos eventos no se hizo esperar, y a la fecha puede afirmarse que el avance en la comprensión y práctica del arbitraje dentro de la comunidad empresarial ha sido significativo, e igualmente destaca la creciente comprensión y apoyo que el mismo ha recibido por parte de la judicatura, particularmente a nivel federal, como lo denotan las resoluciones respectivas.

Actualmente diversas instituciones educativas han incorporado la enseñanza del arbitraje y de mecanismos alternativos de solución de controversias a sus planes de estudio regulares, o bien auspician diplomados, conferencias o estudios de posgrado sobre la materia, y son notables tanto el número como la variedad y calidad de los diversos diplomados, seminarios, talleres prácticos y conferencias organizados o impartidos en el país por las diversas instituciones nacionales e internacionales administradoras de arbitrajes, así como por los principales colegios profesionales, y es también notable la participación cada vez mayor de la judicatura en dichos eventos, así como la de abogados del sector público y de los principales organismos descentralizados del país.

Asimismo, si bien el panorama antes referido parecía estar circunscrito esencialmente a la Ciudad de México, durante los años recientes ha sido notable la extensión de la difusión del arbitraje y de los mecanismos alternativos de solución de controversias a varias de las principales ciudades del país.

³² José Luis Siqueiros, El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN.

En el futuro del arbitraje y de los mecanismos alternativos de solución de controversias, es deseable que el derecho positivo acoja con prontitud tanto las reformas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, a fin de mantener a México al día en materia de disposiciones internacionalmente aceptadas sobre arbitraje y mecanismos alternativos de solución de controversias. Por las mismas razones, es por demás deseable que el inexplicable retroceso que representan para el arbitraje las últimas reformas a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, sea pronto no sólo revertido, sino subsanado mediante la inclusión de nuevas disposiciones que sean acordes con el escenario que prevalece internacionalmente en materia de solución de controversias, y con las necesidades del país.

De igual manera es deseable que no solo subsista, sino se expanda, la cooperación que existe entre las instituciones nacionales e internacionales administradoras de arbitraje y las instituciones educativas, para la enseñanza del arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias, así como para la difusión y fortalecimiento de la cultura arbitral y para su expansión a un número mayor de ciudades que el que actualmente se cubre.

VII. Bibliografía

- Alvear Acevedo, Carlos y Ortega Venzor, Alberto, *TLC Marco Histórico para una Negociación*, México, Editorial JUS, 1991.
- Cruz Barney, Oscar, *Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: Controversias, Soluciones y otros Temas Conexos*, México, McGraw-Hill, 1997.
- _____ y Cruz Barney, Oscar, *El Arbitraje*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- González de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- _____ *El Arbitraje y la Judicatura*, México, Porrúa, 2007.
- _____ *Arbitraje de Inversión*, México, Porrúa, 2009.
- Graham Tapia, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, México, Themis, 2000.
- Loperena Ruíz, Carlos, "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales Extranjeros en México", en Pereznieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Distribuciones Fontamara, 2000.

LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN EL TLCAN

- PérezNieto Castro, Leonel, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, No. 23, 1994.
- Siquieros, José Luis, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Mexicana, Panorama del Arbitraje Comercial Internacional*, México, coedición IMCE-ADACI-UNAM, 1983.
- _____ "La resolución de controversias en el tratado trilateral de libre comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Universidad Iberoamericana, 1992, t. I.
- _____ "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias en el TLC", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Universidad Iberoamericana, 1992, t. II.
- _____ "La solución de controversias en el marco del TNLC", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, No. 24, 1995.
- _____ "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., No. 2, 1997.
- Treviño, Julio C., "El arbitraje en el contexto del Tratado de Libre Comercio", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Universidad Iberoamericana, 1992, t. I.
- Vázquez Pando, Fernando A. y Ortiz Ahlf, Loretta, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Editorial Themis, 1994.
- Villarreal Corrales, Lucinda, *TLC, las reformas legislativas para el libre comercio*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2001.
- Zabludovsky, Jaime, "El proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Hacia un tratado de libre comercio en América del Norte*, México, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, 1991.