

tas 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 TLCAN 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, 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.

La globalización contemporánea que propicia la presencia de la inversión extranjera en los mercados mundiales, ubica a Estados Unidos, China, India y Brasil como los principales captadores de inversión extranjera mundial.¹⁸⁵

Por otro lado, México forma parte de los 20 países que más inversión extranjera ha capturado en los últimos años, pues en el año 2008, llegó a captar alrededor de 26,000 millones de dólares de inversión foránea, descendiendo para el año 2009 a 12,000 millones de dólares, esperando que en el año 2010, se recuperen los montos que se obtuvieron antes de la crisis.

¹⁸⁵ Véase el último *Reporte sobre la Inversión Extranjera Mundial* de la UNCTAD, 2010.

Capítulo 6

Nociones generales de la solución de controversias comerciales internacionales

"En los últimos años, han aparecido nuevos sistemas jurídicos, propios del mundo globalizado, y mecanismos de solución de conflictos, sustancialmente diferentes de los tradicionales. Todo ello hace que deba reverse la forma de enfocar lo jurídico, y su relación con otros sistemas, especialmente, el social, el económico, el político y el ecológico."

Ernest Grün, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, UNAM, México, 2006, p. 9.

6.1 Generalidades

Las controversias comerciales internacionales, son los conflictos o diferencias que frecuentemente se presentan cuando un sujeto internacional hace valer ante otro, una reclamación concreta basada en el incumplimiento de una obligación y la parte a la que va dirigida la rechaza.¹⁸⁶

En efecto, en la globalidad económica vigente, las controversias comerciales entre agentes nacionales y extranjeros emergen cotidianamente al transnacionalizarse las actividades económicas (producción de bienes y prestación de servicios) en contextos estatales territorializados. Así, los meca-

¹⁸⁶ Pudiéndose agregar a este concepto, en forma colateral, las tres dimensiones propias de toda la diferencia internacional que menciona Merrils.

- a) La social: ya que las actitudes de los Estados son variables, así como el poder que cada uno de ellos puede desplegar en una situación determinada.
- b) La material: porque el resultado de la diferencia dependerá del grado de importancia económica de la cuestión que se trate.
- c) La temporal: dado que las coordenadas temporales en que se desarrolle una diferencia, puede también influenciar notablemente en la misma. Véase J.G. Merrils, *International Dispute Settlement*, Swett y Maxwell, Londres, 1991, p. 1, citado por Miquel Montaña Mora, *La OMC y el reforzamiento del sistema GAT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

nismos de solución de estas controversias deben necesariamente escapar de las jurisdicciones internas y sus dilaciones burocráticas tradicionales.

En el derecho comparado de los tratados de libre comercio es posible identificar dos tipos de mecanismos de solución de controversias:

- a) Convencionales: Estos mecanismos son acordados por las partes en cláusulas compromisorias, propias de los arbitrajes comerciales privados y por los Estados que apuntan a resolver controversias relativas a la aplicación e interpretación de los tratados en los respectivos territorios nacionales y que generalmente expresan las asimetrías de los países que suscriben dicho tratado.
- b) Institucionales: Los mecanismos de solución de controversias institucionales son aquellos que existen independientemente de los tratados y que los países soberanamente se someten a sus procedimientos y decisiones. Se trata en general de los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Organización Mundial de Comercio y en el Banco Mundial.¹⁸⁷

Las ventajas técnicas de estos mecanismos de solución de controversias comerciales apuntan a:

- a) La transparencia, la cual asegura que todas las reglas y procedimientos aplicables negociados sean conocidos por las compañías y empresas exportadoras e importadoras, los inversionistas y otros gobiernos, con lo cual se reducen las probabilidades de malentendidos y acciones arbitrarias;
- b) Consultas mediante las cuales las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversias que surja;
- c) Mediación y conciliación, que consiste en la aceptación por las partes de la acción de terceros a fin de que éstos ayuden a proponer una

¹⁸⁷ Véase Julio A. Vives Chillida, *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998 y Sonia Rodríguez Jiménez, *El arbitraje ante el CIADI*, Porrúa, México, 2007.

base de resolución que resulte mutuamente satisfactoria en caso de una controversia, y

- d) La adjudicación arbitral, la cual consiste en la aceptación por las partes de que agentes externos e independientes de ellas resuelvan con carácter vinculatorio cualquier asunto sustantivo que no pueda ser resuelto mediante las consultas o la mediación o conciliación.¹⁸⁸

6.1.1 Arbitraje comercial privado

Este tipo de solución de controversias esencialmente entre partes privadas, deriva de una cláusula compromisoria que forma parte de contratos entre empresas o particulares, que acuerdan resolver eventuales conflictos de incumplimiento o interpretación, vía un tercero que puede ser unipersonal, pluripersonal o incluso institucional.

Ciertos elementos deben estar presentes en todo arbitraje: 1) Existencia de una controversia; 2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; 3) que la decisión es final (no sujeta a apelación), y 4) que la decisión es vinculante.

Es decir, las partes son privadas –empresas o personas físicas–; el acuerdo arbitral deriva de la cláusula compromisoria del contrato suscrito; el procedimiento arbitral está en general en la legislación nacional respectiva y el laudo en la sentencia arbitral tiene fuerza obligatoria y sin derecho a apelación.

En México, el derecho arbitral está regulado en el Título IV, Libro Quinto del Código de Comercio, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.

Conviene mencionar que tanto la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, como la Cámara Americana (*American Chamber*) tienen listas de

¹⁸⁸ Gustavo Vega Canovas et al., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, UNAM, México, 2005, pp. XV y XVI.

árbitros seleccionados, y generalmente, participan en procedimientos arbitrales a petición de los particulares, nacionales o extranjeros.¹⁸⁹

Finalmente, hay que mencionar que a nivel del TLCAN, funciona un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, integrado por personas expertas en la materia, el que debe presentar informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio del TLCAN acerca de la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona norte americana de libre comercio (art. 20.22 del TLCAN).

6.2 Estados vs. Estado

6.2.1 Mecanismos de solución de controversias en la Organización Mundial de Comercio

El llamado derecho de la OMC derivado de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales (1986-1994) descansa sobre un mecanismo de solución de diferencias con jurisdicción vinculante para todos los miembros de la Organización, y que les otorga legitimación activa para presentar reclamaciones. Dicho mecanismo se encuentra regulado en el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (SSD)".

El SSD constituye un procedimiento de doble instancia compuesto por un sistema de paneles (o grupos especiales) y un Órgano de Apelación, complementado con procedimientos de consultas, incluyendo los buenos oficios, la mediación y el arbitraje.

Con estas herramientas se busca una solución positiva de las diferencias y controversias entre Estados en el comercio internacional.

En sustancia se trata de un mecanismo obligatorio y con jurisdicción sobre todos los miembros de la OMC, con carácter cuasi-judicial que deben resolver en consistencia con el derecho de la OMC.

¹⁸⁹ Véase Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004.

a) Los Paneles o grupos especiales

Agotada por un país la etapa de consultas, procede solicitar al Director General de la OMC la constitución de un grupo de expertos o paneles. Según el texto del Entendimiento, la función del panel es hacer una "evaluación objetiva" de: a) los hechos; b) la aplicación de los acuerdos abarcados pertinentes y la conformidad con éstos de la medida examinada, y c) formular "otras" conclusiones que ayuden al Órgano de Solución a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los Acuerdos.

El informe resultante del grupo especial o panel sirve para que el OSD adopte sus recomendaciones o resoluciones respecto a la diferencia. Ello lo dispone el artículo 7.4 del Entendimiento, así como las interpretaciones jurídicas que éste realice:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).

El Órgano de Apelación

Es un órgano permanente compuesto por siete miembros, con un mandato de cuatro años renovables, con sesiones, igual que de los paneles, no públicas.

Los casos son resueltos en grupos de tres miembros que intercambian en puntos de vista y discusiones bajo un criterio de colegialidad. Consta de asesores jurídicos y personal administrativo, dotado de un procedimiento común de trabajo.

Este órgano constituye un verdadero "Filtro Jurídico" que da forma a la innovación trascendente del sistema, ya que opera como contrapeso de la eliminación de la posibilidad de bloqueo de los paneles.

El objeto de la apelación, son las cuestiones de derecho tratadas en el informe del panel, así como las interpretaciones jurídicas que este realice.

Sus informes pueden contener tres decisiones básicas en relación con las constataciones y soluciones jurídicas del Panel:

- a) Confirmación.
- b) Modificación.
- c) Revocación.

Los informes del Órgano de Apelación son adoptados positivamente, salvo que todos los Miembros de la OMC voten en contra. Es decir, actúa en igual forma que los informes que elaboran los Paneles. Este sistema dual tiene importantes implicaciones para los grupos especiales, ya que con él, éstos pierden su función central así como su monopolio jurisprudencial.¹⁹⁰

Finalmente, conviene señalar que el Informe que resuelve la apelación es aprobado o no por el Consejo General de la OMC que opera como supremo OSD en todas las cuestiones relativas a solución de diferencias.

La importancia del Órgano de Apelación es que desarrolla una "casuística" o jurisprudencia consistente en el sistema de solución de diferencias, e incluso proyecta reformas futuras hacia la creación de un Tribunal Internacional de Comercio.¹⁹¹

6.2.2 El mecanismo de solución de controversias del TLCAN, TLCUE y de otros tratados comerciales suscritos por México

Mecanismo de solución de controversias en el TLCAN

El TLCAN contempla 3 mecanismos de solución de controversias, más otros complementarios de carácter específico (servicios financieros, reglas de origen, etcétera).

¹⁹⁰ Véase Pablo Zapatero, *Derecho del comercio global*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003.

¹⁹¹ *Idem*, p. 54.

1. El Régimen General del Capítulo XX.
2. El mecanismo de revisión de cuotas antidumping y compensatorias del Capítulo XIX.
3. Solución de controversias en materia de inversión del Capítulo XI.

El régimen general del Capítulo XX tiene como objetivo solucionar las controversias que surjan entre las Partes Contratantes relativas a la aplicación o a la interpretación del Tratado, o en toda circunstancia 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 pudiera ser causa de anulación o menoscabo de los beneficios que aquella hubiera esperado recibir de las disposiciones del Tratado relativas al comercio de bienes, barreras técnicas al comercio transfronterizo de servicios y propiedad intelectual.

Este sistema de solución de controversias entre Estados, deja abierta la posibilidad de recurrir al sistema del GATT-OMC, cuando la controversia está relacionada con ambos listados, correspondiendo a la Parte reclamante la selección del Foro.¹⁹²

El sistema descansa en tres etapas: Consultas, Revisión de la Comisión de Libre Comercio, y finalmente, la Intervención del Panel Arbitral.

Este mecanismo lo hemos calificado como convencional, pues la asimetría de las Partes define y orienta la eficacia del sistema.

En efecto, agotadas las consultas y la intervención de la Comisión de Libre Comercio, cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar el establecimiento de un panel arbitral ad hoc. Sin embargo, sólo puede solicitar el Panel, la Parte que participa en las consultas y ante la Comisión de Libre Comercio.

El panel está integrado por cinco miembros elegidos por las Partes contendientes en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio, de una lista de hasta treinta individuos pactada con anterioridad por todas las Partes por un periodo, renovable de tres años y que cumplan además los requisitos del Código de Conducta para los Procedimientos de Solución de

¹⁹² Jorge Witker, *Solución de controversias comerciales en el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*, LexisNexis, Chile, 2005.

Controversias de los Capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

La designación de los miembros del panel se hace bajo método cruzado en que las Partes eligen de la lista señalada los árbitros de la contraparte.

En cuanto al procedimiento, el artículo 20.12 prevé principios mínimos de procedimiento a seguir y que se regulan en las Reglas Modelo de Procedimiento elaboradas por la Comisión de Libre Comercio.

Según el apartado 2, se presentan alegaciones y réplicas por escrito; confidencialidad de las deliberaciones y del informe preliminar del panel, así como de todos los escritos y comunicaciones sobre el mismo.

Con estos elementos, más información recibida por las Partes y de cualquier otra recibida por las personas o grupos de asesores o del Comité de Revisión científica, el panel emite un informe preliminar dentro de noventa días de constituido el mismo, con admisión de votos particulares, que contendrá las conclusiones de hecho, la determinación sobre si dicha medida en cuestión, es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del tratado o es causa de anulación o menoscabo de beneficios razonablemente esperados o cualquier otra determinación solicitada, y en su caso, recomendaciones para la solución de la controversia.¹⁹³

El Informe preliminar recibirá las observaciones de las Partes si las hubiere y el Panel de oficio o a petición de parte, puede solicitar aclaraciones a cualquier otra parte involucrada, a fin de reconsiderar su informe y llevar a cabo cualquier examen ulterior, previo al informe final a publicar quince días después de haber sido comunicado a la Comisión de Libre Comercio, informe final que también admite votos particulares anónimos.

Los efectos del informe final del Panel, desde el punto de vista jurídico no son vinculantes. Es una recomendación que las Partes pueden o no acatar, situación que México ha experimentado desfavorablemente en el caso del Panel de Transporte de carga, en el que con un *informe final* condenatorio a EE.UU., y favorable a México, dicho país se ha negado a permitir que los autotransportistas nacionales puedan circular en territorio estadounidense como lo ordena el informe final de dicho Panel. Después de ocho

¹⁹³ Jorge Witker, *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, UNAM, México, 1997.

años de contar con un informe final del panel favorable a México, la Secretaría de Economía expidió una resolución en que grava noventa productos de origen estadounidense como una forma de compensar o castigar beneficios de efecto equivalente. Entre éstos productos sancionados como efecto equivalente se ubican los árboles de navidad y las croquetas para alimento de perros.

Finalmente, las asimetrías en este mecanismo convencional de solución de controversias en contra de México, se expresa que en más de 16 años de vigencia del TLCAN, sólo se han activado 3 paneles, pues en otros casos, no ha habido designación de panelistas, omisión ésta que no tiene sanción o pena en el contexto del actual TLCAN.¹⁹⁴

Solución de controversias en el TLCUEM

El Acuerdo establece la creación de un procedimiento de solución de controversias, el cual deberá ser compatible con las disposiciones de la OMC. El procedimiento arbitral se establece en el Título V de la Decisión del Consejo Conjunto y en su Anexo III se encuentran las reglas de dicho procedimiento ante el panel arbitral.

Las Partes pueden optar por el procedimiento de solución de controversias establecido en el TLCUEM o por el de la OMC, pero cuando hayan iniciado un procedimiento de acuerdo con alguno de ellos, no podrán hacerlo en el otro foro con respecto a la misma materia hasta que el primer procedimiento haya concluido.

Sin embargo, es importante mencionar que en todo momento las Partes procurarán llegar a un acuerdo en cualquier controversia que se suscite mediante la cooperación y consultas, procurando llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

El procedimiento se aplica a cualquier controversia derivada de la aplicación o interpretación del Tratado o cuando alguna parte considera que existe violación por la otra Parte de las disposiciones del Tratado. Sin

¹⁹⁴ Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, McGraw-Hill, México, 1997.

embargo, existen excepciones, el procedimiento para la solución de controversias no será aplicable en las siguientes materias:

- Medidas restrictivas en la balanza de pagos tomadas de acuerdo con obligaciones internacionales, incluidas las del Acuerdo de Marrakech.
- Acuerdos de reconocimiento mutuo celebrados de conformidad con la OMC (art. V).
- Compromisos internacionales sobre inversión, en este caso son aplicables los Códigos de liberalización y el instrumento de trato nacional de la OCDE.
- Medidas antidumping y compensatorias, ya que son aplicables las disposiciones de la OMC.
- Derechos y obligaciones relativas al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos de la OMC.
- Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- Establecimiento de zonas de libre comercio y uniones aduaneras.
- Asuntos de propiedad intelectual.

El procedimiento para la solución de controversias consta de dos partes: la consulta y el establecimiento de un panel arbitral.

Cada parte podrá solicitar la celebración de consultas en el seno del Comité Conjunto, respecto a la aplicación o interpretación del Tratado o cualquier asunto que pudiere afectar su funcionamiento. El Comité Conjunto deberá reunirse dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud, posteriormente, emitirá una decisión en la cual deberá especificar las medidas a adoptar en relación con la controversia y los plazos para la adopción de dichas medidas. Si el Comité no resuelve en 15 días o dentro de los 45 días siguientes a la fecha de solicitud, se podrá optar por la segunda fase.

Se solicita el establecimiento de un panel arbitral, cuando se considera que las disposiciones del Tratado han sido violadas. La parte que se considera afectada debe hacer su solicitud por escrito y presentarla por duplicado, además deberá mencionar cuál es la medida aplicada por la otra parte que considera viola las disposiciones del tratado así como las disposiciones que han sido violadas. Debe igualmente, notificar a su contraparte

te la designación de un árbitro y proponer a un tercero para que sea el presidente del panel.

La contraparte tiene 15 días, a partir de la notificación del árbitro, para designar a otro y proponer a un tercero como presidente del panel. Tendrán 15 días para ponerse de acuerdo en la designación del tercer árbitro, quien será el presidente, el panel arbitral queda establecido cuando se designa el último integrante.

El panel arbitral deberá emitir un informe preliminar dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de su instalación, pero antes de 5 meses, cuando se trate de alimentos y casos urgentes el informe deberá ser emitido antes de 4 meses.

Las partes pueden hacer observaciones al informe preliminar, para ello tienen un plazo de 15 días. El panel las tomará en cuenta y tiene 30 días, a partir de la presentación del informe preliminar a las Partes, para emitir su informe final.

Para cumplir con el informe final cada Parte tomará las medidas necesarias para su cumplimiento, la Parte afectada deberá cumplir con el informe final sin demora; cuando las Partes no pueden llegar a un acuerdo sobre el cumplimiento inmediato y el plazo, cualquier Parte podrá acudir nuevamente al panel solicitando que determine un plazo razonable para el cumplimiento del informe, o que se pronuncie sobre la conformidad de las medidas adoptadas para dar cumplimiento al informe final.

Si el panel determina que las medidas adoptadas para el cumplimiento del informe final, son incompatibles con éste, la Parte afectada, si así lo solicita la Parte reclamante, deberá celebrar consultas con el objeto de acordar una compensación mutuamente aceptable, sino hay acuerdo dentro de los 20 días siguientes, la Parte reclamante, podrá suspender beneficios con efecto equivalente, primero en el mismo sector, pero deberá notificar, antes de 60 días, a la contraparte los beneficios que pretende suspender, y ésta tiene 15 días para acudir nuevamente al panel original para que determine si los beneficios que se pretenden suspender tienen o no, efecto equivalente; el panel tiene 45 días para emitir su dictamen al respecto.

La suspensión de beneficios no será aplicable inmediatamente, sino hasta que el panel emita su dictamen final y será de carácter temporal, hasta que la medida violatoria sea retirada o modificada.

Un esquema que ilustra este procedimiento, aparece en el Anexo II de este documento.

Este es el panorama que presenta el Acuerdo en virtud de su contenido, sin embargo, es necesario mencionar cuáles serán los beneficios que otorga a nuestro país su ingreso al mercado europeo.

Este Acuerdo es llamado por algunos especialistas como un acuerdo de quinta generación, en virtud de que es el primero que negocia la UE con un tercer país en donde se incluyen materias que no son competencia del consejo de Europa. Este es más que un tratado de libre comercio pues se incluyen el diálogo político y la cooperación, ambos basados en el respeto a los Derechos Humanos y en la Democracia.¹⁹⁵

Mecanismos de otros Tratados comerciales suscritos por México

Como dijimos al inicio de este Capítulo, en materia de aplicación e interpretación de los Tratados, se acuerda una cláusula de carácter convencional en que agotando las consultas, los buenos oficios, la conciliación, en todos ellos se desemboca en un mecanismo arbitral que privilegia o da ventajas al país de mayor peso económico respecto al otro u otros, es lo que hemos denominado mecanismos convencionales de solución de controversias.

Respecto a prácticas desleales la mayoría de los TLC suscritos por México contienen cláusulas que reenvían a los que hemos llamado mecanismos institucionales de la OMC, y en especial, en materia de inversión al CIADI y UNCITRAL, y el Acuerdo de Solución de Diferencias de la misma.

¹⁹⁵ Véase Rodolfo Cruz Miramontes, "Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea", Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie *Doctrina Jurídica*, núm. 124, México, 2003; José Joaquín Piña Mondragón, *Joint Venture, ¿Instrumento para fomentar la inversión extranjera europea en México, conforme al Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea?*, tesis de grado, UNAM, México, 2006.

6.3 Estado versus particular

6.3.1 Solución de Controversias en materia de revisión de cuotas antidumping y compensatorias. Capítulo XIX del TLCAN

Según el artículo 1904.5 del TLCAN, cualquier persona legitimada conforme al derecho de la parte importadora, puede iniciar un procedimiento interno de revisión judicial frente a las resoluciones administrativas en materia de antidumping y subvenciones. Además de dicha acción, puede solicitar a la autoridad interna (Secretariado del TLCAN Interno), la instalación de un panel binacional en el plazo no superior a treinta días naturales, contados desde que se publica en el DOF la resolución definitiva, aplicando o rechazando una cuota compensatoria al respecto.

Conviene señalar que la cuota compensatoria o su omisión debe ser consecuencia de un procedimiento administrativo especial, que se regula en el caso de México, por la Ley de Comercio Exterior, su Reglamento y demás normas de derecho interno aplicable. Sin embargo, la aplicación efectiva de ese derecho y las eventuales reformas, también están sometidas a la revisión de paneles que se crean y funcionan bajo las reglas del Capítulo XIX del Tratado. Con todo, la controversia es entre Estados Partes, pero dicha intervención es detonada por solicitud de particulares.

Como se ha dicho, la resolución administrativa que decreta una cuota compensatoria, admite la revisión judicial según las instancias internas del país importador. Sin embargo, dicha revisión, a petición de parte legitimada, puede ser sustituida por la revisión efectuada por un panel binacional encargado de registrar y revisar si la resolución sometida al panel se ajusta o no al propio derecho interno del país importador.

En consecuencia, el panel deberá detectar las disposiciones jurídicas internas vigentes en materia de cuotas compensatorias, tales como leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, prácticas administrativas y precedentes judiciales pertinentes, "en la medida en que un Tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente."

El panel de este capítulo, se integra de cinco árbitros, designados por las partes en número dos cada una, nombrando éstos al quinto de común

acuerdo. Dicho árbitros forman parte de una lista previa de 25 individuos por país, pudiendo sin embargo elegirse a especialistas fuera de dicha lista previa, hay un plazo de treinta días para designar los cuatro primeros panelistas, a partir de la solicitud de integración, y de 55 días para designar al quinto. Recuérdese que la designación se hace en forma cruzada.

Los requisitos de estos árbitros son: ser nacional de las partes, ser probo, gozar de gran prestigio, confiable, objetivo y de buen juicio, experto en derecho comercial internacional, jurista de prestigio, ex jueces o magistrados, etcétera.

Además del compromiso de confidencialidad de la información a manejar, deben sujetarse al Código de Conducta y a las Reglas de Procedimientos que para el Capítulo XIX se publicaron en el Diario Oficial el 20 de junio de 1994.

En cuanto a los criterios de revisión para México son los contenidos en el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Este procedimiento arbitral tiene una duración de 315 días en que deberá emitirse la resolución. Estos fallos, laudos o recomendaciones son obligatorios y no recurribles.

En síntesis, los actores procesales de este procedimiento son:

1. Quejoso, es decir los afectados por una resolución de la autoridad nacional.
2. Las contrapartes.
3. La autoridad investigadora.
4. El panel, que por ser un cuerpo colegiado ad hoc temporal, no admite el calificativo de tribunal.

En general, estos actores procesales legitimados para comparecer deben estar representados por abogados habilitados según lo señala el artículo 1904.7 del TLCAN.

Al año 2010 se han realizado alrededor de 78 procedimientos arbitrales para revisar resoluciones a nivel nacional de los tres países, que han activado al capítulo XIX del TLCAN.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Véase Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, McGraw-Hill, México, 1997 y Óscar Cruz Barney, *El arbitraje y los tratados comerciales internacionales de los que México es parte*, IJ, UNAM, México, 2008.

6.3.2 Solución de controversias en materia de inversión (capítulo de inversión de los TLC y APPRI's)

El mecanismo intenta garantizar un trato igualitario entre inversionistas de las partes del tratado, en función de los principios de reciprocidad internacional y debido proceso legal ante un árbitro imparcial.

En efecto, deberá agotarse previamente al arbitraje las consultas y la negociación directa.

Conviene señalar que el artículo 1116 establece que el inversionista de un Estado parte puede someter a arbitraje una reclamación referida 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.
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 sufra pérdidas o daños en virtud de la violación o derivada de ella.

El plazo para presentar una reclamación debe hacerse antes de tres años a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento por vez primera de la presunta violación.

De conformidad con el artículo 1120 del tratado, el inversionista quejoso puede someter la reclamación al arbitraje, en el plazo de seis meses desde que ocurrieron supuestamente los actos violatorios que le afectan.

Es así como el arbitraje del Capítulo XI del TLCAN puede tramitarse de acuerdo a los siguientes reglamentos:

1. El convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), 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 una parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean parte del CIADI;
3. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL.

Adicionalmente, los Estados Parte debe consentir en someterse al arbitraje expresando por escrito su consentimiento, cumpliendo además con los requisitos del Capítulo II del CIADI y de las Reglas del Mecanismo Complementario del mismo, o del el artículo II de la Convención de Nueva York o del artículo I de la Convención de Panamá que requiera un acuerdo.

El Tribunal Arbitral lo formarán tres árbitros, en que cada parte contendiente podrá nombrar uno, y el tercero, que fungirá como presidente del Tribunal, se designa de común acuerdo. De no lograr acuerdo para nombrar el presidente, corresponde al Secretario General del CIADI nombrarlo.

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se lleva a cabo en el territorio de un Estado parte que haya suscrito la Convención de Nueva York, determinado de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje en particular. 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 al texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del Derecho Internacional.

Respecto al laudo arbitral, este será obligatorio y versará sobre el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes. No se aceptan intereses punitivos.

Este Capítulo como varios otros aspectos del TLCAN, ha sufrido cambios y unas notas interpretativas al Capítulo XI resolvió algunas cuestiones que estaban pendientes y con interpretaciones ambiguas. El documento en cuestión desarrolla dos aspectos: acceso a documentos del arbitraje y el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional. En este punto, según el Profesor Óscar Cruz Barney, los puntos a interpretar, por esta enmienda o modificación de fecha 31 de julio de 2001 son los siguientes:

A) Acceso a Documentos

Se establecen los siguientes puntos:

1. Nada en el TLCAN 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 TLCAN 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.¹⁹⁷

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

¹⁹⁷ Véase Óscar Cruz Barney, *op. cit.*

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 TLCAN 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, a 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.

6.3.3 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI)

Estos acuerdos, son instrumentos de promoción de la inversión extranjera utilizados por los países, esto es, tratados internacionales en materia de inversión extranjera de carácter bilateral, con el objeto de promover los flujos de capital y brindar a las inversiones de los países firmantes seguridad jurídica; constituyéndose como un medio eficaz para diversificar el origen de los flujos de inversión extranjera, dando eficacia a la política de apertura y no discriminación en materia de inversiones.

Los APPRI ayudan a diversificar los flujos de capital que entran a nuestro país, al mismo tiempo que sirven como un vehículo para la transferen-

cia de tecnología y el desarrollo de nuevos esquemas productivos. Los APPRI contemplan mecanismos de solución de controversias y la posibilidad de indemnizaciones. Todos estos elementos hacen que los APPRI refuercen el marco jurídico y de certidumbre para la inversión en nuestro país.

México tiene acordados al día de hoy veinticuatro APPRI. Sabemos que actualmente se encuentran en vigor más de 2,500 APPRI en el mundo, de los cuales más de 200 han sido celebrados por países latinoamericanos, lo cual demuestra la importancia que esta clase de acuerdos tiene para los países.

Finalmente, cabe mencionar que en el área de los mecanismos de solución de controversias, la mayoría de los APPRI contemplan el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión del Banco Mundial, y las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).¹⁹⁸

¹⁹⁸ Véase, José Joaquín Piña Mondragón, *Joint Venture, ¿Instrumento para fomentar la inversión extranjera europea en México, conforme al Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea?*, tesis de grado, UNAM, México, 2006.