

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE ÁMERICA DEL NORTE

Hugo PEREZCANO DÍAZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Elementos de los mecanismos alternativos para la solución de controversias.* III. *La solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.*

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la solución de controversias derivadas de las relaciones jurídicas se ha desarrollado en dos vías paralelas. Por un lado, el Estado, a través de los tribunales, ha asumido la función jurisdiccional; sin embargo, también ha reconocido en la legislación incluidos los tratados internacionales y la jurisprudencia, la existencia de los llamados “mecanismos alternativos”, que escapan de esa esfera jurisdiccional, y cuyo desarrollo es, incluso, anterior.

Tradicionalmente se ha distinguido dos ámbitos en los mecanismos alternativos de solución de controversias, por razón de los sujetos que intervienen en ellos: el privado en un extremo, que involucra únicamente a particulares; y el público, entre Estados, en el otro. Sin embargo, la necesidad de los particulares de acudir a sus gobiernos para la defensa de sus intereses derivados de tratados internacionales, ante violaciones de otro Estado, sin que pudieran hacerlos valer por sí mismos, ha resultado en el desarrollo, relativamente reciente, de procedimientos que podríamos calificar de intermedios o híbridos, cuyos sujetos activo y pasivo, respectivamente, son los particulares y

un Estado. Este tipo de mecanismos se ha desarrollado, principalmente, en materia de inversión, aunque también se ha extendido a otras áreas del comercio internacional como la de *dumping* y subvenciones.

El comercio internacional ha adquirido un dinamismo sorprendente en la segunda mitad del siglo XX debido, fundamentalmente, a la entrada en vigor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1948. México quedó inmerso en esta dinámica desde su adhesión al GATT a mediados de la década de los ochenta, y, en especial, a raíz de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), así como de los tratados de libre comercio celebrados con Colombia y Venezuela, Bolivia y Costa Rica. La creciente integración de los mercados mundiales con el consecuente aumento de los flujos de comercio e inversión genera, inevitablemente, un incremento en las controversias comerciales internacionales, tanto entre los Estados signatarios del tratado, como entre los particulares que realizan las transacciones; de ahí la necesidad de contar con mecanismos adecuados y eficaces para solucionarlas.

México tiene una cierta tradición en materia de arbitraje, tanto público como privado, y no ha sido ajeno a la evolución de los medios alternativos de solución de controversias. La incorporación en el derecho mexicano de los mecanismos entre particulares y el Estado, sin embargo, es reciente. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es el primer instrumento que establece tales mecanismos. A partir de entonces, su inclusión en otros tratados comerciales internacionales ha sido una constante.¹

II. ELEMENTOS DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son procedimientos mediante los cuales las partes acuden a un tercero imparcial que puede ser una persona o un órgano colegiado para que

¹ Cfr. los tratados de libre comercio entre México y Bolivia (capítulo XV), México y Costa Rica (capítulo XIII) y el del Grupo de los Tres (capítulo XVII); así como los acuerdos de promoción recíproca de inversiones que México tiene celebrados con España y Suiza.

los auxilie a dirimir una disputa derivada de una relación jurídica, contractual o no contractual. Comprenden, principalmente, dos figuras: la conciliación y el arbitraje.

Podemos identificar los siguientes elementos fundamentales, cualquiera que sea el tipo de mecanismo público, privado o aquéllos en que participan particulares y un Estado:

1. *Consentimiento*. Las partes deben manifestar su consentimiento para poder someter una reclamación a un procedimiento de esta naturaleza. En los procedimientos privados, lo hacen a través de una cláusula arbitral o conciliatoria contenida en el convenio que da origen a la relación jurídica, o mediante un acuerdo de arbitraje o conciliación posterior; en los procedimientos públicos, la voluntad de las partes se expresa mediante tratados internacionales; por último, en los procedimientos en que intervienen los particulares frente a un Estado, el consentimiento de éste puede manifestarse de diversas maneras, por ejemplo, en respuesta a una solicitud de un particular, o bien a través de un tratado internacional, respecto de todas las controversias que surjan en una determinada materia, pero, en este caso, no se perfecciona hasta que el particular haya expresado el suyo.

2. *Participación de un tercero imparcial*. Todos los mecanismos alternativos involucran a un tercero, que ayuda a lograr una solución de la disputa. La conciliación y el arbitraje difieren en el grado de injerencia del tercero en el procedimiento. En la conciliación, las partes aportan toda la información y demás elementos pertinentes al tercero, quien participa a través de sus buenos oficios; pero son las partes las que resuelven la diferencia. En el arbitraje, por el contrario, el tercero es el que dirime la controversia, con base en la información y pruebas que le presentan.

3. *Obligatoriedad*. La resolución, ya sea en forma de laudo o de acuerdo, es vinculante para las partes: en la conciliación, éstas se obligan a sí mismas mediante un acuerdo; en el arbitraje, la decisión del tercero es la que las obliga. La obligatoriedad deriva directamente de la voluntad de las partes, con base en el principio *pacta sunt servanda*.

4. *Falta de coercitividad.* No debe confundirse la obligatoriedad con la falta de coercitividad. Como ya se mencionó, toda resolución en un procedimiento de esta naturaleza es obligatoria. Sin embargo, el tercero imparcial carece de la facultad de ordenar la ejecución forzada de la resolución. En los procedimientos entre Estados, el cumplimiento de la resolución se reduce a una decisión soberana del país en cuya contra se dictó el laudo. Por tal motivo, el incumplimiento de la resolución, sólo puede dar lugar a mecanismos compensatorios o de presión política. En los demás casos, deben seguirse los procedimientos internos de reconocimiento y ejecución de resoluciones, ante los tribunales nacionales competentes, para que éstos ordenen la ejecución mediante el empleo de la fuerza pública.

5. *Exclusión del foro nacional.* Los mecanismos alternativos constituyen una vía excluyente de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Las controversias entre Estados, en su calidad de entes de derecho público, no pueden someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales de una de ellas. Hacerlo sería invadir la soberanía del otro Estado, además de la dificultad implícita respecto de la eficacia de la resolución. Por otro lado, México, a través de los distintos tratados internacionales sobre la materia, ha reconocido este principio, el cual, a su vez, está reflejado en la legislación mercantil. Dichos ordenamientos obligan a los tribunales a reconocer el carácter vinculante de los laudos arbitrales o, en su caso, de los acuerdos conciliatorios y, por lo tanto, a ordenar su ejecución, sin que puedan entrar a la revisión del asunto.² De igual forma, el TLCAN contiene disposiciones específicas en materia de exclusión de foros para el arbitraje inversionista-Estado, establecido en el capítulo XI; el procedimiento de revisión de decisiones finales en materia de cuotas compensatorias, previsto en el capítulo XIX; y respecto de los procedimientos entre particulares.³

2 Cfr. 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), así como el Código de Comercio (libro quinto, título cuarto).

3 Cfr. los artículos 1121 (y el anexo 1120.1), 1904(1) y (11), y 2022.

III. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

El TLCAN prevé diversos mecanismos de solución de controversias:

a. el procedimiento general entre Estados, establecido en el capítulo XX;

b. el procedimiento inversionista-Estado, establecido en la sección B del capítulo XI; y

c. en materia de cuotas compensatorias:⁴

i. el procedimiento de revisión de resoluciones definitivas de la autoridad investigadora,

ii. el procedimiento de impugnación extraordinaria,

iii. el procedimiento de salvaguarda del sistema de revisión ante un panel, y

iv. el procedimiento de revisión de reformas legislativas.

Así mismo, el tratado contiene disposiciones en materia de solución de controversias comerciales privadas, puesto que son los particulares, en sus relaciones comerciales internacionales, los que cristalizan directamente los beneficios de la liberalización del comercio y la inversión.

1. *Solución de controversias entre Estados. Capítulo XX del TLCAN*

El capítulo XX del TLCAN establece un procedimiento que opera únicamente entre Estados, para la prevención o la solución de las controversias relativas a la aplicación o a la interpretación del tratado, o respecto de aquellas circunstancias en que una de las partes considere 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 beneficios.⁵

⁴ Para los efectos de este trabajo, el término “cuotas compensatorias” incluye las cuotas *antidumping*.

⁵ Artículo 2004 del TLCAN. Por disposición expresa de este artículo, y del artículo 1901, están excluidas las disposiciones del capítulo XIX del tratado.

Tiene por objeto garantizar el correcto funcionamiento del tratado y se sustenta en un principio de cooperación. Las partes, en todo momento, deben procurar encontrar una solución mutuamente satisfactoria a cualquier asunto. Este es el principio rector del mecanismo. No obstante la etapa del procedimiento, las partes deben procurar llegar a una solución negociada, que sea conforme con las disciplinas del tratado.

El procedimiento consta de 4 etapas:

A. *Consultas*

La etapa consultiva, aún no contenciosa, pretende la resolución de la controversia con base en una negociación de buena fe, entre funcionarios de cada parte. Si bien no es contenciosa, constituye la primera instancia en el procedimiento, que es indispensable agotar para poder proseguir.

El Estado que no haya solicitado el inicio de las consultas, pero que considere tener un interés sustancial en la controversia, podrá participar de las consultas.

Por lo general, las consultas se llevarán a cabo dentro de los 30 días siguientes a la notificación, a menos que:

a. otro de los países signatarios del TLCAN haya, a su vez, solicitado consultas respecto del mismo asunto o manifestado su intención de participar en las solicitadas por otra parte, en cuyo caso se celebrarán dentro de los 45 días siguientes;

b. se trate de bienes perecederos, en cuyo caso se llevarán a cabo dentro de los siguientes 15 días; o

c. las partes acuerden un plazo distinto.

Aun cuando no existe una disposición expresa al respecto, tácitamente se ha acordado que las consultas se lleven a cabo en la capital de la parte demandada, sin perjuicio de que se convenga celebrarlas en un lugar distinto.

No existen límites en cuanto a la duración ni el número de reuniones que pueden celebrarse en la etapa de consultas. Las partes pue-

den acordarlo libremente, pero, una vez vencidos los plazos referidos sin que se resuelva la controversia, cualquiera de las partes puede solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio.

B. *Comisión de Libre Comercio*

La Comisión está integrada por los secretarios de Estado, o sus homólogos, responsables de la materia de comercio exterior de cada país,⁶ aun cuando pueden designar a otros funcionarios para que los representen.

El procedimiento de solución de controversias, propiamente dicho, inicia con la solicitud de una de las partes consultantes para que se reúna la Comisión, en caso de que el conflicto no se haya resuelto por la vía de consultas. A menos que se acuerde otra cosa, la Comisión deberá reunirse dentro de los diez días siguientes a la notificación. Si bien se trata de una etapa también consultiva, éstas se llevan a cabo por la institución de mayor jerarquía creada por el tratado, y que constituye una instancia política.

Formalmente, la Comisión es un órgano creado por el tratado, que, no obstante estar integrado por representantes de cada uno de los Estados signatarios, se distingue de éstos. Su función en el procedimiento consiste en apoyar a las partes a encontrar una solución satisfactoria. Para tal efecto, está facultada para formular recomendaciones; convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; así como para recurrir a los buenos oficios, la conciliación, o a otros medios para la solución de la controversia.

C. *Procedimiento arbitral*

Si la Comisión no logra una solución, cualquiera de las partes puede solicitarle que establezca un panel arbitral, después de 30 días de que se haya reunido para analizar el asunto, a menos que se acuerde otra cosa.

⁶ El Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México, el Representante Comercial de Estados Unidos y el Ministro de Comercio Internacional de Canadá.

Al igual que en la etapa de consultas, un tercer Estado que considere tener interés sustancial en el asunto, podrá participar como parte reclamante. Si éste opta por no participar como parte reclamante, normalmente deberá abstenerse de iniciar otro procedimiento de solución de controversias respecto del mismo asunto en el marco del TLCAN o de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Sin embargo, podrá participar como tercero interesado. En tal carácter, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las partes contendientes.

El panel se integra por cinco miembros, a través de un procedimiento de selección cruzada, que tiene por objeto garantizar la mayor independencia e imparcialidad de los árbitros. La selección se efectúa de la siguiente manera:

a. Dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel, las partes contendientes deberán acordar la designación del presidente. En caso de no llegar a un acuerdo, una de las partes, electa por sorteo, designará como presidente a una persona que no sea ciudadana de esa parte, dentro de los cinco días siguientes. Cuando sean más de dos las partes contendientes, y no se llegue a un acuerdo sobre la designación del presidente, la parte o partes de un lado de la controversia escogido por sorteo la parte demandada o las partes demandantes, según corresponda designará como presidente a una persona que no sea ciudadano de esa parte o partes, dentro de los diez días siguientes a la entrega de la solicitud.

b. Dentro de los quince días siguientes a la designación del presidente, cada parte contendiente seleccionará a dos panelistas que sean ciudadanos de la otra parte. Cuando sean más de dos las partes contendientes, la parte demandada seleccionará a un panelista que sea ciudadano de cada una de las partes reclamantes, y las partes reclamantes, por su parte, seleccionarán, cada una, a un panelista que sea ciudadano de la parte demandada.

c. Si una de las partes no selecciona panelistas dentro de ese plazo, los panelistas se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de

la lista de panelistas elaborada por la partes, que sean ciudadanos de la otra parte contendiente.⁷

El panel rendirá un informe preliminar dentro de los 90 días siguientes a la designación del último de los panelistas. Éste contendrá sus conclusiones de hecho; su determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones del tratado, o es causa de anulación o menoscabo de beneficios; así como sus recomendaciones. Las partes contendientes podrán hacer observaciones al informe preliminar dentro de un plazo de 14 días. El panel las tomará en cuenta, según lo estime pertinente y, en su caso, podrá reconsiderar su informe o realizar cualquier examen ulterior.

El panel rendirá su informe final dentro de los 30 días siguientes a la presentación del informe preliminar. El informe se remitirá a la Comisión de manera confidencial y se hará público 15 días después, a menos que se acuerde otra cosa.

Una vez recibido el informe final, las partes deberán acordar una solución satisfactoria. Siempre que sea posible, la solución deberá consistir en la no ejecución de la medida disconforme o que sea causa de anulación o menoscabo de beneficios, o en su derogación. En su defecto, la parte en cuya contra resolvió el panel, podrá ofrecer una compensación.

Como ya se señaló, las partes, en todo momento, deben procurar encontrar una solución negociada. La propia decisión del panel debe de servir como instrumento a las partes para este propósito, si bien, por lo regular, la solución debe ajustarse a las determinaciones y recomendaciones del panel.

D. *Suspensión de beneficios*

Uno de los principales defectos del sistema jurídico internacional es su falta de coercitividad, entendida, en el contexto del capítulo XX del TLCAN, como la imposibilidad de forzar a una de las partes

⁷ Las partes tienen obligación de establecer una lista de hasta 30 personas que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas.

a acatar la decisión del panel. Ello se reduce, en última instancia, a una decisión soberana de la parte en cuya contra resolvió el panel. Por lo tanto, con objeto de dotar al sistema de solución de controversias de eficacia, el tratado establece el mecanismo de suspensión de beneficios, que, si bien no fuerza a la parte en cuestión a cumplir con el laudo del panel, permite una compensación respecto de las concesiones afectadas.

Por ello, en el caso de que el panel determine que hubo una violación al tratado o una medida que causa anulación o menoscabo de beneficios, ante la falta de acuerdo entre las partes en los 30 días siguientes a la recepción del informe final, la parte o partes reclamantes pueden suspender a la parte demandada la aplicación de beneficios de efecto equivalente. En principio, la suspensión de beneficios debe realizarse en el mismo sector que el afectado por la medida objeto de la controversia. Sin embargo, si a juicio de la parte reclamante no es factible o eficaz suspender beneficios en ese sector, podrá hacerlo en otros.

En todo momento debe privar el pleno respeto a los compromisos establecidos en el tratado. Consecuentemente, la suspensión de beneficios es una medida, por naturaleza, temporal, y sólo debe mantenerse mientras no se alcance un acuerdo que resuelva la controversia.

Es importante considerar que, si bien el tratado no coloca a sus signatarios en un plano de igualdad económica, establece un equilibrio respecto de las concesiones negociadas. El objeto del procedimiento de suspensión de beneficios es restablecer el equilibrio, cuando éste se ve alterado por una medida que no se conforme con las disciplinas del tratado.

Vale la pena señalar que los procedimientos de solución de controversias son excepcionales. Sin menosciciar la importancia relativa de cada asunto en particular, la proporción del comercio total que se ve afectada por medidas que contravienen las disposiciones del tratado es pequeña. Por lo mismo, la suspensión de beneficios ofrece a las partes un elemento de presión para adoptar una solución acorde con la decisión del panel, en dos sentidos: por un lado, como ya se mencionó, permite restablecer el equilibrio comercial; por el otro, la

sola posibilidad de afectar el comercio legítimo como resultado de una violación al tratado, compele a la parte en cuya contra se resolvió el asunto a lograr una solución satisfactoria.

Ahora bien, dado que el objeto de la suspensión de beneficios es únicamente restablecer el balance de concesiones, cualquiera de las partes contendientes puede solicitar la Comisión que establezca un panel que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido.

2. Solución de controversias inversionista-Estado. Sección B del capítulo XI del TLCAN

La sección B del capítulo XI⁸ del TLCAN establece un procedimiento arbitral que permite a los inversionistas de un país demandar a un Estado extranjero, por violaciones en materia de inversión que le causen daños pecuniarios. El objeto de este mecanismo es restituir la propiedad de la inversión al inversionista, o resarcirlo de los daños pecuniarios que le fueron ocasionados por la violación y, en su caso, de las costas del procedimiento. Sin embargo, el panel no puede condenar al pago de daños punitivos.

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

⁸ Este procedimiento también es aplicable en materia financiera, conforme a lo establecido en el capítulo XIV (Servicios financieros) del TLCAN. Así mismo, aplica en el caso de violaciones los artículos 1502(3)(a) y 1503(2).

Se pueden distinguir dos etapas en el procedimiento:

A. Consultas y negociación

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

B. Arbitraje

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

a. el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), siempre que tanto el Estado contendiente como el Estado del cual el inversionista contendiente es nacional, sean parte del mismo;⁹

b. las Reglas del Mecanismo Complementario del Convenio del CIADI, cuando el Estado contendiente o el Estado del cual el inversionista contendiente es nacional, pero no ambos, sea Parte del Convenio del CIADI; o

c. las Reglas de Arbitraje de Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Como ya se mencionó, uno de los elementos fundamentales en de todo arbitraje es el consentimiento de las partes. En el caso del mecanismo inversionista-Estado, los signatarios del TLCAN han manifestado expresamente su consentimiento en el artículo 1122. Por su parte, el inversionista debe hacerlo de conformidad con las reglas aplicables (el Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del Convenio del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI).

⁹ México no es parte del CIADI.

Por otro lado, por lo que se refiere a la exclusión de la jurisdicción de tribunales nacionales, el tratado dispone, para el caso de Estados Unidos y Canadá, que el inversionista deberá renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales, respecto de la medida presuntamente violatoria de las disposiciones del tratado, lo cual no impide que agote esas instancias antes de recurrir al arbitraje. En el caso de México, el procedimiento arbitral es excluyente de la vía ante tribunales nacionales, y ésta es excluyente aquél.¹⁰

El tribunal arbitral se integrará por tres árbitros, a menos que las partes acuerden otra cosa. Cada parte contendiente elegirá a uno y ambas, por acuerdo, designarán al presidente. En caso de que una de las partes no designe a un árbitro o que no se logre un acuerdo respecto de la designación del presidente, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Centro Internacional para el

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

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

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

c. la distinta recepción del derecho internacional en cada una de las partes del TLCAN:

i. en México, por disposición constitucional, los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y aprobados por el Senado, son ley suprema de la Unión. Consecuentemente, no requieren de actos ulteriores para su validez y aplicación. En otras palabras, son autoaplicativos.

ii. en EE.UU. y Canadá, por otro lado, el tratado requiere ser implementado a través de la legislación nacional, para su aplicación.

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 los árbitros, por los jueces. Sin embargo, este problema no se presenta respecto de Estados Unidos y Canadá porque, al no ser susceptible el TLCAN de aplicarse directamente, sino que requiere de una legislación de implementación, los sistemas jurídicos respectivos no otorgan a los particulares un derecho de acción para reclamar violaciones al tratado ante tribunales nacionales: en todo caso se trata violaciones a la regulación interna. Consecuentemente, no se presenta una duplicidad de foros, toda vez que el arbitraje no versa sobre la legislación que implementa el tratado, sino sobre las disposiciones del tratado mismo.

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que lo designe. El Secretario General del CIADI nombrará al presidente de entre los miembros de una lista de 45 árbitros elaborada por los países signatarios del TLCAN. Éste no podrá ser nacional del Estado contendiente ni de la misma nacionalidad que el inversionista contendiente. El Secretario General designará a los demás árbitros a su discreción.

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

El laudo es obligatorio para las partes contendientes y aplicable únicamente respecto del caso concreto. Será ejecutable en términos de las reglas procedimentales que hayan sido aplicadas al caso y la legislación del país en que se vaya a ejecutar. Sin embargo, si el Estado en cuya contra se dictó el laudo no lo acata, el Estado del cual es nacional el inversionista afectado podrá solicitar la integración de un panel conforme al capítulo XX del TLCAN, con el objeto de obtener una determinación en el sentido de que esa conducta es violatoria de las disposiciones del tratado y, por consiguiente, obtener una recomendación para que se de cumplimiento al laudo.

3. Procedimientos en materia de cuotas compensatorias. Capítulo XIX del TLCAN

Los procedimientos establecidos en el capítulo XIX tienen su origen en una iniciativa canadiense en el curso de las negociaciones del acuerdo de libre comercio de 1988, celebrado entre Canadá y Estados Unidos, por considerar que el sistema de prácticas desleales estadounidense era sumamente proteccionista y las resoluciones de la auto-

ridad en la materia respondían a las presiones de la industria nacional y no a criterios objetivos. La propuesta original de Canadá fue negociar disciplinas sustantivas en la materia. Estados Unidos, por su parte, proponía excluirla del todo. La solución, finalmente, fue que cada país mantendría su legislación intacta, pero se estableció un mecanismo mediante el cual un tribunal arbitral revisaría si la actuación de la autoridad respectiva se conformó a lo estipulado en la legislación del país respectivo.

Este mecanismo fue incorporado, con algunas modificaciones, en el TLCAN. De conformidad con ello, cada Estado signatario se reservó el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquier otro Estado signatario. Así mismo, cada Estado se reservó el derecho de reformar tales disposiciones, sujeto a que la reforma sea compatible con:

- El GATT de 1994, el Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Código Antidumping), o el Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT de 1994 (Código de Subsidios); y
- El objeto y la finalidad del TLCAN y del capítulo XIX, que es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre miembros de la zona de libre comercio, a la vez que se conserven disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales, tal como se desprende de las disposiciones del tratado, su preámbulo y objetivos, y de las prácticas de cada país.

A. *Procedimiento de revisión de resoluciones definitivas de la autoridad investigadora*

El capítulo XIX del TLCAN establece un procedimiento *sui generis* en materia de cuotas compensatorias que permite a los particulares solicitar la integración de un tribunal arbitral binacional, para que revise si la autoridad administradora competente emitió la re-

solución definitiva que se cuestiona conforme a las disposiciones aplicables de su país (leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes de la materia, 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).¹¹ Para los efectos de la revisión, el TLCAN incorpora las leyes en materia *antidumping* y subvenciones, con las reformas que eventualmente se les haga. El capítulo XIX, por consiguiente, es autocontenido, es decir, contiene el conjunto de disposiciones necesarias para que los paneles binacionales lleven a cabo la revisión, y las demás disposiciones del capitulado del tratado no imponen obligaciones a los países signatarios, por lo que a la materia se refiere.

El procedimiento inicia con la solicitud para el establecimiento de un panel, efectuada por un particular afectado por la resolución objeto de la controversia.¹² La solicitud deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a la emisión de la resolución final cuestionada, pues, de lo contrario, ese derecho prescribe. Cuando se dicten medidas provisionales, podrá notificarse la intención de solicitar un panel, en cuyo caso deberá procederse a su instalación; sin embargo, la solicitud formal deberá presentarse una vez que la resolución final haya sido emitida, antes de lo cual no podrán iniciar las actuaciones ante el panel.

El panel se integra por cinco miembros de la siguiente manera: dentro de los 30 días posteriores a la fecha en que se presente la solicitud, los funcionarios responsables de cada Estado involucrado deben elegir a dos panelistas; dentro de los 55 días posteriores a esa fecha, deberán acordar la designación del quinto panelista. Si no logran un acuerdo respecto de la selección del quinto panelista, una

11 Quedan excluidas las resoluciones definitivas emitidas por la autoridad administradora como resultado de un procedimiento de revisión ante los tribunales nacionales, así como aquéllas que se hayan emitido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del TLCAN.

12 El TLCAN dispone que el gobierno de un país, por iniciativa propia, podrá solicitar que un panel revise una resolución de la autoridad administradora, y deberá hacerlo a petición de un particular que estaría legitimado recurrirla a través de los procedimientos internos. No obstante, en la práctica han sido los particulares los que presentan la solicitud directamente a la sección nacional del Secretariado del país importador.

de ellas, electa por sorteo, hará la designación dentro de los 5 días siguientes al término del plazo de 55 días. Los integrantes del panel elegirán al presidente por mayoría de votos.

El panel deberá revisar la resolución final conforme al criterio de revisión establecido en el anexo 1911 del tratado y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.¹³ Es importante señalar que, como su nombre lo indica, se trata del criterio de ‘revisión’, y no de un criterio de ‘resolución’, es decir, es el criterio con base en el cual el panel deberá analizar la resolución de la autoridad investigadora; pero no implica el criterio que el panel deberá emplear para resolver la controversia. El criterio de resolución, por así llamarlo, está dado por el artículo 1904(8), que dispone que el panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad administradora, con el fin de que ésta adopte medidas que no sean incompatibles con su decisión.¹⁴ En

13 El anexo 1911 establece los siguientes criterios de revisión:

(a) en el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1(4) de la *Federal Court Act*, con sus reformas, respecto a toda resolución definitiva;

(b) en el caso de Estados Unidos,

(i) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(B) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere al subinciso (ii), y

(ii) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(A) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la U. S. *International Commission* en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751(b) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas; y

(c) en el caso de México, el criterio establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente.

14 Me permito hacer esta precisión porque algunos paneles que han revisado resoluciones emitidas por autoridades mexicanas, han indicado, en forma incorrecta, que el criterio de revisión incluye el de resolución. De conformidad con el tratado, el criterio de revisión para México lo constituye, exclusivamente, el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. El criterio de resolución, sin embargo, lo da el artículo 1904(8) del TLCAN. El Tribunal Fiscal de la Federación, por su parte, si bien aplica el mismo criterio de revisión (artículo 238 del CFF), deberá resolver en función de la causal de ilegalidad de que se trate, conforme al artículo 239 del CFF. Ahora bien, nada impide que el panel resuelva en el mismo sentido que lo habría hecho el TFF, pero no por virtud de la aplicación del artículo 239 del CFF. El panel deberá dictar su resolución con base en las circunstancias particulares de cada caso, conforme al artículo 1904(8). De hecho, el artículo 239 del CFF, en tanto que constituye un criterio de *resolución*, pero no de *revisión*, ni siquiera está incorporado al capítulo XIX del TLCAN (*Cfr.* el artículo 1904(2)).

consecuencia, cuando el panel devuelva la resolución, la autoridad administradora tiene discreción para determinar la forma como dará cumplimiento al laudo, siempre que las medidas que adopte no sean incompatibles con éste. Por tal motivo, se puede solicitar que el mismo panel revise las medidas que la autoridad investigadora haya adoptado como resultado de la devolución, y emita un fallo al respecto.

Al igual que el capítulo XI, el capítulo XIX reitera el principio de la exclusión de foros en el arbitraje. El artículo 1904(11), expresamente señala que, cuando se solicite la instalación de un panel binacional, la resolución definitiva no estará sujeta a procedimiento de revisión judicial alguno en el país de importación. Igualmente, prohíbe la impugnación de los laudos de los paneles ante tribunales nacionales. Consecuentemente, los tribunales nacionales únicamente están facultados para llevar a cabo, en su caso, el reconocimiento y ejecución del laudo.

B. Procedimiento de impugnación extraordinaria

El capítulo XIX no establece un mecanismo de apelación. Prevé, sin embargo, un procedimiento de impugnación extraordinaria para revisar la conducta de los panelistas en relación con el procedimiento. Para tal efecto, tiene que darse una falta grave en la conducta del panel o de uno de sus miembros, que haya afectado materialmente el fallo y amenace la integridad del proceso de revisión. La conducta del panel o de sus miembros puede consistir en (1) una falta grave de parcialidad de un miembro del panel, la existencia de un grave conflicto de intereses que no se haya revelado a las partes, o alguna violación material a las normas de conducta; (2) que el panel se haya apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento; o (3) que el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción conforme a lo establecido en el capítulo XIX, por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado.

Como puede observarse, los signatarios del TLCAN no tuvieron la intención de crear una instancia de apelación común. Aun cuando el panel no haya rendido una decisión adecuada, su actuación no puede

cuestionarse por la vía legal. Los supuestos que deben actualizarse para poder instaurar un procedimiento de impugnación extraordinaria son tales, que no sólo deben involucrar la integridad del panel o de alguno de sus miembros y su decisión, sino también debe verse amenazada la integridad del proceso de revisión.

El procedimiento se conduce ante un comité de impugnación extraordinaria, que estará integrado por tres miembros seleccionados de una lista de quince jueces federales o personas que lo hayan sido (cinco por cada país).¹⁵ Cada uno de los países involucrados nombrará a uno de los miembros, y uno de ellos, electo por sorteo, designará al tercero.

Después del análisis de hecho y de derecho sobre el fallo y las conclusiones del panel, así como de las demás circunstancias del caso, el comité de impugnación extraordinaria deberá confirmar el laudo del panel; devolverlo a éste para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité; o anularlo, en cuyo caso deberá instalarse un nuevo panel para efectuar la revisión.

C. Procedimiento de salvaguarda del sistema de revisión ante un panel

En virtud de que las disposiciones del capítulo XIX no están sujetas al procedimiento general de solución de controversias establecido en el capítulo XX del tratado, los signatarios del TLCAN diseñaron un mecanismo, con el objeto de garantizar el balance de la negociación, ante la posibilidad de que el derecho de uno de ellos impidiera el funcionamiento del sistema de revisión ante paneles binacionales.

El procedimiento consta de cuatro etapas.

a) *Consultas*. El gobierno de un país podrá solicitar el inicio de consultas, cuando considere que la aplicación del derecho de otro:

- ha impedido la integración de un panel solicitado por el reclamante;
- ha impedido que el panel dicte un fallo definitivo;

15 En el caso de Canadá, se trata de jueces de jurisdicción superior.

- ha impedido que se ejecute el fallo, o una vez dictado le ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el panel; o
- no ha concedido la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o panel con jurisdicción independiente de las autoridades investigadoras competentes, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y si éstas han aplicado adecuadamente las disposiciones jurídicas en materia de cuotas compensatorias al dictar la resolución impugnada, y que emplee el criterio de revisión relevante.

b) *Comité especial.* Si las partes no han logrado resolver la controversia en un plazo de 45 días, el Estado reclamante podrá solicitar la integración de un comité especial, integrado por tres miembros conforme al procedimiento para el establecimiento de un comité de impugnación extraordinaria.

c) *Consultas relativas a la determinación del comité especial.* En caso de que el comité emita una determinación positiva sobre la existencia de alguna de las causales que dio origen a la reclamación, los Estados implicados deberán celebrar consultas dentro de los diez días siguientes, con miras a lograr una solución satisfactoria en un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que el comité haya emitido su determinación.

d) *Suspensión de beneficios.* Si no se ha logrado una solución satisfactoria, o el estado demandado no demuestra, a satisfacción del comité especial haber corregido el problema que originó la reclamación, el Estado reclamante podrá suspender:

- el funcionamiento del artículo 1904 con respecto al Estado demandado, en cuyo caso éste podrá suspenderlo recíprocamente respecto del Estado reclamante; o
- beneficios derivados del Tratado, según lo ameriten las circunstancias.

D. Procedimiento de revisión de reformas legislativas

El gobierno de cualquiera de los países del TLCAN podrá solicitar el establecimiento de un panel binacional, para obtener una opinión declarativa respecto de si las reformas que otro Estado haya efectuado a sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas compensatorias se ajustan o no al GATT de 1994, y los códigos antidumping y de subsidios de la OMC, así como al objeto y la finalidad del TLCAN y del capítulo XIX, según se establece en el artículo 1902.

En caso de que el panel determine que existen discrepancias entre las reformas y los ordenamientos, objeto y finalidad señalados, podrá recomendar modificaciones ulteriores para que tales discrepancias se eliminen. En este caso, los Estados involucrados podrán llevar a cabo consultas con miras a lograr una solución satisfactoria, la cual podrá considerar la propuesta de legislación correctiva.

Si la iniciativa de reformas correctivas no es aprobada dentro de un plazo de nueve meses a partir de que haya concluido el periodo de consultas, y no se ha logrado una solución a la controversia, el Estado que solicitó la integración del panel podrá:

- adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables; o
- denunciar el TLCAN respecto del Estado que llevó a cabo la reforma incompatible.

4. Disposiciones en materia de solución de controversias comerciales privadas

Las relaciones comerciales internacionales entre particulares se dan independientemente de la celebración de tratados. Por ello, los sistemas jurídicos respectivos deben incorporar mecanismos alternativos de solución de controversias, y cada país debe promover su uso. Sin embargo, el incremento en los flujos de comercio e inversión derivado del TLCAN hace indispensable que los particulares dispongan de tales mecanismos, de manera que puedan realizar sus transacciones comerciales en forma ágil, sin menoscabo de la seguridad

jurídica que debe brindarse a las mismas. Por tal motivo, el TLCAN prevé disposiciones específicas en materia de solución de controversias comerciales privadas.

*A. Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas.
Artículo 2022 del TLCAN*

Las partes del TLCAN han asumido la obligación de promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros medios para la solución de controversias comerciales privadas en la zona de libre comercio. Así mismo, se han obligado a contar con procedimientos adecuados que aseguren, por un lado, la observancia de los convenios de arbitraje, con objeto de que los jueces remitan a los particulares al arbitraje, cuando éstos así lo hayan pactado, y, en consecuencia, se declaren incompetentes para conocer del asunto; por otro lado, deben asegurar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

Con objeto de facilitar esta labor, el tratado prevé el establecimiento de un comité consultivo. Con base en ello, en octubre de 1994, la Comisión de Libre Comercio estableció el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas (también conocido como Comité 2022), el cual está integrado por 10 representantes titulares de cada una de las partes: 2 funcionarios y 8 miembros del sector privado, con conocimientos especializados y experiencia en la materia.

El comité debe presentar informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre cuestiones generales relacionadas con el uso y eficacia del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias en la zona de libre comercio.

Para ello, el comité se ha organizado en diversos subcomités encargados de realizar las siguientes funciones:

- a. compilación y evaluación de la legislación y de los mecanismos existentes en materia de solución de controversias comerciales privadas;
- b. identificación de los sectores productivos en los cuales existen regímenes especializados de solución no judicial de controversias;
- c. estudio de los medios para promover el arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias comerciales privadas;

- d. estudio de los asuntos relacionados con la aplicación de acuerdos arbitrales y con la ejecución de laudos;
- e. análisis de la conciliación y otros medios alternativos de solución de controversias, distintos del arbitraje, en la zona de libre comercio; y
- f. relación con el Poder Judicial, cuya función principal es la de incorporar a miembros de este poder en las actividades del comité, con objeto de analizar en forma conjunta los problemas que puedan surgir respecto de la aplicación de acuerdos de arbitraje y la ejecución de laudos y convenios conciliatorios.

B. Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios. Artículo 707 del TLCAN

Por la especialidad de la materia agropecuaria, además de tratarse, en la mayoría de los casos, de bienes perecederos, el TLCAN dispone el establecimiento del Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios. Al igual que el Comité 2022, éste está integrado por 10 representantes de cada país: 2 funcionarios y 8 miembros del sector privado, con conocimientos y experiencia en la materia.

Las funciones de ambos comités son similares; sin embargo, la labor del comité en materia agropecuaria, deberá estar encaminada a la elaboración de mecanismos específicos, en territorio de cada una de las partes, para la solución rápida y efectiva de controversias en este sector.