

SOBRE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADÁ, EE.UU. Y MÉXICO

JORGE ALBERTO SILVA SILVA¹
VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO²

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Clasificación del arbitraje.*—3. *Regulación jurídica del Arbitraje Convencional Internacional en México.*—a) *Convención de Nueva York.*—b) *Convención de Panamá.*—c) *Convención sobre eficacia de sentencias y laudos.*—d) *Convención con España.*—e) *Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado el 18 de marzo de 1985.*—f) *Tratado de libre comercio.*—4. *Regulación jurídica del arbitraje según las reglas de la Lex mercatoria.*—a) *Reglas de procedimiento.*—b) *Leyes modelo.*—5. *Sistemas de regulación del Arbitraje Internacional.*—6. *La mercantilidad del litigio.*—7. *Acuerdo arbitral.*—a) *Arbitralidad del litigio.*—b) *Litigios arbitrales en el TLC en relación a las inversiones.*—8. *Organos del arbitraje.*—a) *Centros administradores.*—b) *Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).*—c) *Comité consultivo.*—9. *Arbitro.*—10. *Lugar del arbitraje.*—11. *Temporalidad de los actos procesales.*—12. *Colaboración de las autoridades estatales.*—13. *Enjuiciamiento arbitral.*—14. *Homologación.*—15. *Una vía alternativa al exequatur.*—16. *Derecho aplicable.*

1. INTRODUCCIÓN

Los países ubicados en el norte de América (México, Estados Unidos y Canadá) concluyeron, en 1992, las negociaciones de lo que se llama *North Ame-*

¹ Miembro de la Academia mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Profesor de áreas de Derecho procesal y conflictual.

² Profesor de tiempo completo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UNAM.

rican Free Trade Agreement (NAFTA) o Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (TLC, de aquí en adelante).

El citado tratado dispone, entre otras cuestiones, reglas relativas a las inversiones en la zona. Dichas reglas responden a la nueva orientación político-económica del área, esto es, de apertura económica y comercial.

En relación a las inversiones, hay en el tratado dos básicos principios en torno a los cuales gira la nueva regulación, a saber:

- a) *Principio de trato nacional*, y que llamaríamos principio de igualdad o de equiparación, significa que en cualquiera de los países signantes del tratado se les deberá otorgar a los inversionistas de los países parte, un trato similar al trato que se les da a los propios inversionistas. Es decir, en Estados Unidos se les deberá dispensar el mismo trato a los inversionistas mexicanos como a los estadounidenses, y viceversa, en México se les deberá otorgar igual trato a inversionistas mexicanos como a inversionistas estadounidenses o canadienses. En consecuencia, para constituir empresas no se podrá exigir porcentajes mínimos a nacionales, ni debe haber trato discriminatorio a inversiones extranjeras provenientes de los Estados mencionados.
- b) *Principio de la nación más favorecida*, significa que los inversionistas de un Estado deberán ser beneficiados con los mismos privilegios que se les otorga a los inversionistas de otro Estado que no sea signante del tratado. Por ejemplo, si los Estados Unidos de América le dan mejor trato a los inversionistas que provengan de Europa, ese mejor trato también debe verse reflejado en el trato que se les dé a los inversionistas mexicanos o canadienses.

Para el desarrollo de estos principios se establece, entre otras bases, la expresa prohibición a los Estados parte en el tratado de exigir a los inversionistas que incorporen a sus mercancías algún porcentaje de materias de origen nacional; condicionar el volumen de las importaciones a la de las exportaciones; restringir a los inversionistas sus ventas o servicios; exigir a los inversionistas que trasladen el conocimiento de la transferencia tecnológica a los nacionales, etc.

Se establece, a la vez, que cada Estado deberá asegurar que los monopolios de propiedad privada o las empresas bajo control del Estado, actúen de manera que *no sea incompatible con las bases anteriores*, especialmente cuando estas empresas ejerzan facultades reglamentarias o administrativas, como pudiera ser expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos³.

³ Artículos 1502.3 a) en relación al 16.2 b) y 1503.2 en relación al 1116.1 a) del TLC.

Como se advierte, trátase de una estrategia económica aperturista.

En fin, estas disposiciones de carácter sustantivo carecerían de eficacia si no se acompañan de otras disposiciones que las puedan hacer efectivas, esto es, de *disposiciones procesales que tiendan a solucionar los conflictos que eventualmente se pudieran presentar*, cuando se está incumpliendo con lo pactado.

En este sentido, el TLC precisa el objetivo de la regulación, indicando que con ella se tiende a asegurar trato igual entre inversionistas, así como el debido proceso legal⁴. De aquí que, por ejemplo, el inversionista de un Estado podrá demandar a otro país, cuando en este otro Estado un monopolio de propiedad particular hubiese actuado contrariando los principios enunciados, y que ese inversionista haya sufrido pérdidas o daños a consecuencia de la violación⁵.

Cabe recordar que en el TLC, además del arbitraje, también se mencionan como medios necesariamente previos, de solución de controversias, a la consulta y a la negociación⁶.

El objetivo del presente trabajo se orienta a *presentar una panorámica en torno al arbitraje, como medio que tiene a dirimir los litigios derivados de las violaciones a las normas sobre inversión extranjera establecidas en el TLC*. Cabe mencionar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte tiene varias partes que se refieren a los métodos de solución de controversias en relación a diversas materias; así, el Capítulo 11, que naturalmente se refiere a las inversiones de cada uno de los tres países signatarios, en su Sección B, contiene una parte que se denomina *Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de otra Parte*, abarcando los artículos 1.115 a 1.139 y sus respectivos anexos, mismo que no se comentará aquí, sino a través y a lo largo del presente ensayo: el Capítulo 19, que concretamente se refiere a *Revisión y Solución de Controversias en Materia de Antidumping y Cuotas Compensatorias*; el Capítulo 20, que literalmente se llama *Disposiciones, Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias*, y algunos otros métodos que se encuentran dispersos en el Tratado y sus anexos.

2. CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE

Refiriéndose a los diversos tipos, e incluso modalidades de enjuiciamientos arbitrales, conviene recordar tanto al arbitraje público como al privado.

⁴ Artículo 115 del TLC.

⁵ Artículo 1.116.1 b) del TLC.

⁶ Artículo 1.118 del TLC.

Atendiendo a la *calidad de los sujetos litigantes*, el arbitraje puede ser público o privado⁷. El primero es objeto de estudio del Derecho Internacional público, en tanto que el segundo es mayormente estudiado dentro del Derecho Internacional privado. «El arbitraje de Derecho público —afirma Siqueiros— tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares»⁸.

Como ejemplos importantes de arbitrajes públicos, podemos mencionar aquel que soluciona problemas de límites territoriales; por ejemplo, el del Chamizal; otro lo es el establecido bajo la denominación de paneles, en el TLC, y que tratan de solucionar controversias entre cualquiera de los Estados signantes⁹.

En el caso de que el Gobierno de un Estado sea sujeto de litigio en el tribunal de arbitraje, el arbitraje será público o privado, dependiendo de que el Gobierno obre *de iure imperii* o *de iure gestionis*, respectivamente.

Por ejemplo, en el mismo TLC se prohíbe a las empresas del Estado dar trato discriminatorio a inversionistas de otro Estado¹⁰. En el caso de que un inversionista alegue haber sido objeto de trato discriminatorio, podrá demandar a esa empresa de Estado, mediante el proceso arbitral privado, ya que esa empresa no estará obrando *de iure imperii*¹¹.

En el caso del arbitraje relativo a litigios sobre inversiones, cabe distinguir el caso en que el litigio se presente entre un particular inversionistas y una empresa de Estado, de aquel otro tipo de litigios, donde las partes son el inversionista extranjero y el Estado expendedor de alguna ley que pugne con lo dispuesto en el TLC.

Aunque el primer caso cae en el arbitraje privado, el segundo presenta algunas dudas, ya que a pesar de que el Estado obra *de iure imperii*, tras ello ha habido un acuerdo plasmado en el tratado, al cual pertenecen los inversionis-

⁷ Miguel de Angulo prefiere denominarles *arbitraje de Derecho público y arbitraje de Derecho privado*. El arbitraje de Derecho público atiende —dice— a la calidad pública de las partes. ANGULO, Miguel, *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*, pág. 101. No estamos de acuerdo en esta denominación, ya que la diferencia entre estos dos tipos de arbitraje no gira en torno al *derecho o las normas de derecho*, sino en torno a la *calidad de los sujetos litigantes*.

⁸ SIQUEIROS, José Luis, *Arbitraje comercial*. Para un panorama muy general del que llamamos arbitraje público, véase SEARA VÁZQUEZ, Modesto: *Derecho internacional público*, pp. 249 y ss. Asimismo, BRIERLY, J. L., *La Ley de las naciones*, págs. 210 a 215.

⁹ Artículo 2.004 del TLC.

¹⁰ Artículo 1.503 del TLC.

¹¹ Artículo 1.116 del TLC.

tas, en el que se establece que en caso de divergencia se recurrirá al arbitraje; aunado a ello, tenemos que el procedimiento a seguir, según el propio TLC, es el regulado para arbitrajes privados o comerciales.

3. REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE CONVENCIONAL INTERNACIONAL EN MÉXICO

Por la importancia que para este trabajo merece, cabe recordar que en el Derecho convencional internacional vigente en el país, encontramos las siguientes convenciones o tratados:

- a) Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que también es conocida como *Convención de Nueva York de 1959*, que de aquí en adelante así denominaremos¹².
- b) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1974, a la que también podemos denominar *Convención de Panamá*, y que de aquí en adelante así denominaremos¹³.
- c) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979¹⁴, y a la cual conocemos como *Convención de Montevideo*.
- d) Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil¹⁵, y
- e) Tratado de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos¹⁶.

Revisten gran importancia las primeras convenciones citadas, pues también se listan en el cuerpo del propio TLC en la regulación propia del arbitraje a que nos enfocamos.

Como se podrá apreciar de la lectura de estos convenios o tratados, trátase en lo general de *normas materiales de derecho uniforme*, más que de *normas de*

¹² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 22 de junio de 1971.

¹³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 27 de abril de 1976.

¹⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 28 de agosto de 1987.

¹⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de marzo de 1992.

¹⁶ La negociación del citado tratado concluyó en 1992. Actualmente está en trámite su aprobación y entrada en vigor.

conflicto, de las que sólo pocas encontramos. Recordemos en lo particular cada una de esas convenciones.

a) Convención de Nueva York

Por sí sola resulta de gran importancia la Convención de Nueva York, pues lo ahí contenido *se extiende a Estados no firmantes* de la propia Convención, ya que México nunca restringió el ámbito de validez a los Estados signantes, razón que le da superlativa importancia a esta Convención, convirtiéndose en norma jurídica aún a favor de laudos provenientes de *países no contratantes*.

El objeto regulado se refiere al enjuiciamiento y al reconocimiento de laudo. Nos resulta de importancia, pues regula los litigios comerciales entre personas de cualquiera de los tres países miembros del TLC.

b) Convención de Panamá

Mediante las Convenciones interamericanas, México se vincula a los *países del Continente americano*, pocos de los cuales son firmantes de la Convención de Nueva York.

La convención de Panamá reitera en la región interamericana diversas disposiciones ya establecidas en la Convención de Nueva York. Esta convención se refiere al acuerdo y a su eficacia, y nos permite resolver litigios entre comerciantes.

c) Convención sobre eficacia de sentencias y laudos

La Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros merece comentario especial. Si bien es cierto que esta Convención se refiere a los laudos arbitrales, cabe dejar aclarado que lo dispuesto a propósito de estos laudos, no está vigente para México. No está vigente, porque cuando México aceptó esta Convención, introdujo una reserva, en la cual se estableció que sólo era admisible esa Convención en lo

relativo a las sentencias de *condena patrimonial*, y no a los laudos, aún cuando sean de condena patrimonial¹⁷.

d) Convención con España

En el caso de la Convención con España podemos decir que es la única firmada como *convenio bilateral*, ya que las demás convenciones son multilaterales.

Esta Convención se enfoca al *reconocimiento de los laudos* de uno u otro país. En gran medida repite, casi literalmente, lo que ya había establecido el Código federal mexicano de procedimientos civiles.

Tanto la Convención sobre eficacia de sentencias y laudos, como la celebrada con España, aunque reafirman lo ya establecido en el Derecho interno, ninguna es mencionada en el TLC.

e) Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado el 18 de marzo de 1985 (ICSID Internacional Centre for the Settlement of Investmen Disputes) (CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)

Esta Convención establece el arbitraje como un medio para solucionar las controversias entre el inversionista de un país y el Estado lugar de la inversión.

Esta Convención no está vigente para México, pero resulta de gran importancia, ya que es una fuente de inspiración dentro del TLC para los Estados que no son parte¹⁸, y fuentes obligatorias para Canadá y Estados Unidos de América, que son partes de esta Convención.

¹⁷ En la citada reserva se establece que «los Estados Unidos Mexicanos..., hacen expresa reserva en el sentido de *limitar su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial* dictadas en uno de los Estados partes».

Las reservas introducidas por México al adoptar esta convención resultan bastante contradictorias. Como ya lo dejamos visto en la reserva al artículo primero, se especificó que tal convención se aceptaba únicamente en lo relativo a sentencias, pero no de laudos. Ahora, en la reserva al artículo tercero, México admite la posibilidad de *homologar un laudo extranjero*, sin que para ello se requiera exhorto. Ojalá que pronto veamos cómo se comporta la jurisprudencia y esclarezca todas las anteriores dudas.

¹⁸ Artículos 1.120 y 1.139 del TLC.

Sobre esta Convención cabe llamar la atención de que hasta el momento México aún no es parte signataria; sin embargo, y a partir de la entrada en vigor del NAFTA, México habrá de adherirse a dicho instrumento internacional.

f) Tratado de libre comercio

En este documento se establece que cada Estado estará obligado a *promover y facilitar* el arbitraje, como un medio alternativo para la solución de controversias comerciales internacionales, e incluso cada país estará obligado a implementar procedimientos que aseguren la ejecución de laudos¹⁹. En el mismo TLC se regulan diversas cuestiones sobre arbitraje para el *tratamiento y decisión de litigios* referidos a inversiones, incluyéndose el proceso arbitral, y normas sobre reconocimiento de laudos²⁰.

En este tratado, la normatividad sobre el arbitraje comercial corresponde en gran parte a normas *heteroaplicativas* que obligan a México a implementar o sostener una normatividad específica sobre el arbitraje.

Se previene en este tratado²¹ que un Estado cumple con lo ahí ordenado cuando ese Estado se ajusta a lo dispuesto tanto en la Convención de Nueva York como en la Convención de Panamá. Cabe mencionar que México ya es signatario de ambas convenciones, por lo que está en condiciones de cumplir esa parte del TLC.

El TLC contiene además, para el caso de litigios referentes a inversiones, algunas reglas sobre arbitraje específicas y complementarias al Derecho Convencional Internacional.

En lo que se refiere a Reglas de procedimiento, el artículo 1.120 establece la posibilidad de seguir las reglas de procedimiento establecidas en el Convenio de CIADI, las del mecanismo complementario del CIADI o las reglas de arbitraje de UNCITRAL, a menos que exista regla específica en el TLC.

¹⁹ Artículo 2.022 del TLC. Por desgracia, en este apartado del tratado sólo se establece que cada Estado debe *propiciar el arbitraje entre particulares*. Como ya lo sabemos, el arbitraje comercial internacional también puede hacer participar a un Estado en calidad de parte, específicamente cuando ese Estado obra de *iure gestionis*.

²⁰ El capítulo XI, sección B, del TLC, se titula *Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte*, y comprende los artículos 1.115 a 1.139.

²¹ Artículo 2.022.3 del TLC.

4. REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE SEGÚN LAS REGLAS DE LA *LEX MERCATORIA*

Al lado de los señalados instrumentos internacionales e internos, destacan las normas que derivadas de las prácticas, usos y costumbres, que han sido expedidas por los propios protagonistas de las normas: *los comerciantes*. De estas regulaciones vamos a referirnos brevemente a dos tipos: las reglas de procedimiento y las leyes modelo.

a) Reglas de procedimiento

Por la importancia que ha adquirido a raíz de la aprobación de la Convención de Panamá, citamos el *Reglamento de procedimiento de la Comisión interamericana de arbitraje comercial*, equivalente a un código de procedimientos civiles o mercantiles, a través del cual se le da *tratamiento al litigio* sometido al arbitraje, especialmente cuando es decidido por un órgano arbitral internacional.

En el caso del Reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), sus normas no fueron expedidas por algún órgano de gobierno nacional o internacional. Estas normas caben dentro del mismo género dentro del que entra la *lex mercatoria*. No obstante, se debe reconocer la recepción de este tipo de normas, dentro de los tratados convencionales.

Estas reglas de CIAC son aplicables de oficio, cuando falte el acuerdo interpartes. De aquí su gran importancia²².

En posición similar se encuentran las reglas de CIADI, así como las de UNCITRAL, que se establecen en el TLC para arbitrajes relativos a inversiones (artículo 1.120).

Como en el caso de estas reglas de procedimiento, también encontramos otras de gran importancia, como las de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), las de la American Arbitration Association (AAA), o a las de la Comisión

²² Cuando Estados Unidos de América adoptó la Convención de Panamá, en una de sus reservas estableció que: «Los Estados Unidos de América aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén en vigor en la fecha en que Estados Unidos de América deposite su instrumento de ratificación, a menos que los Estados Unidos de América, en posterior determinación oficial, adopte y aplique las adiciones que posteriormente se le hagan a tales reglas».

permanente de arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México. Reglas de esta naturaleza *han sido expedidas por diversos centros administradores de arbitraje*, todos ellos conducidos por cámaras de comercio, agrupaciones de comerciantes, u organismos ajenos al Gobierno oficialmente instituido en un Estado. A la vez, todas estas reglas han sido inspiradas en las Reglas de UNCITRAL, que a su vez también son fuente supletoria en el TLC.

b) Leyes modelo

Paralelamente a las reglas de procedimiento, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de CNUDI (más conocido por sus siglas en inglés UNCITRAL), fue adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Comercial Internacional (CNUDI), el 21 de junio de 1985.

Debemos advertir que *no se trata de una ley ni tratado formalmente expedido o aprobado* por México, ni por algún órgano legislativo estatal. Se trata sólo de una *ley modelo* y que según la Exposición de Motivos al Código de Comercio en las reformas y adiciones de 1988-89, fue tomada en consideración²³.

El grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) elaboró una *Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional* con la finalidad de que sirviera de ejemplo o modelo al legislador interno de cada Estado, a efecto de que cada Estado pudiera expedir su propia ley interna sobre arbitraje comercial internacional. Por tanto no se trata de ninguna ley uniforme, que sea obligatoria (realmente no es un tratado), sino simplemente de *un modelo* que tiende a buscar cierta homogeneidad entre los países²⁴.

²³ Pese a que en la Exposición de Motivos de esa reforma se asentó que se había tenido en cuenta a la Ley Modelo de UNCITRAL, la verdad es que esas reformas y adiciones no reflejaron completamente lo que en la propia Ley Modelo se contiene.

Por ejemplo, en la Ley Modelo se precisa lo que es un arbitraje internacional, lo que son las medidas provisionales decretadas por el Tribunal arbitral, el procedimiento de recusación de los árbitros, la competencia del Tribunal arbitral, incluyendo la competencia para decidir acerca de su propia competencia, las reglas de procedimiento, como son la demanda, la contestación, la reconvencción, el desahogo de pruebas, la transacción, el laudo, incluyendo sus diversos tipos, la impugnación, etc. Ninguno de estos elementos de la Ley Modelo pasó al reformado Código de Comercio.

²⁴ Para un examen del Proyecto de la que luego fue Ley modelo, véase, Carlos ARELLANO GARCÍA, *Personalidad y partes conforme a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*; y para un estudio de la Ley Modelo, véase KERR, Michael, *Arbitration and the courts: The UNCITRAL Model Law*.

Es de recordar que el grupo de asesores externos sobre Derecho Internacional Privado y Derecho Mercantil Internacional, que auxilia a la Secretaría de Relaciones Exteriores en estas materias, ha recomendado toda una serie de reformas al Código de Comercio que, básicamente, recogen y adaptan lo contenido en la Ley Modelo antes mencionada, estando pendiente su envío a los órganos competentes para iniciar el proceso legislativo.

Con anterioridad a 1977, y bajo el seno de la ONU, sólo existían principalmente dos instrumentos legales en relación al arbitraje: la Convención de Nueva York de 1958 y las Reglas de UNCITRAL sobre arbitraje. En la XII Sesión (1979), la Commission by Asian-African Legal Consultative Committee, requirió al Secretariado general para que se preparara una Ley Modelo procesal sobre arbitraje.

Para 1981 los trabajos se iniciaron, y durante diversas sesiones del grupo de trabajo, que van desde 1982 hasta 1984, el trabajo fue concluido. Se les notificó a todos los Gobiernos y organizaciones interesadas para recibir sus comentarios, los que luego de haber sido recibidos fueron examinados y adoptados por la Comisión en junio de 1985 y posteriormente en diciembre del mismo año fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), la que recomendó que todos los Estados deberían considerar a la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en vista del deseo de uniformar los procedimientos legales del arbitraje y las específicas necesidades del arbitraje comercial internacional²⁵.

Cabe agregar que Canadá (en la British Columbia) fue el primer país que adoptó en su legislación interna a la Ley Modelo de UNCITRAL²⁶.

Estas Leyes Modelo a que nos estamos refiriendo, regulan básicamente al arbitraje privado, ya que aunque para el arbitraje público es difícil encontrar este tipo de reglas, tenemos que en el TLC²⁷ se establece la posibilidad de expe-

²⁵ BROCHES, Aron: *Commentary on the UNCITRAL Model Law*, págs. 2 a 4. En México hizo comentarios al Proyecto de Ley Modelo, Carlos ARELLANO GARCÍA, *Personalidad y partes conforme a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*.

Para examinar la historia de la Ley Modelo, e incluso de los documentos que dieron lugar a ella, véase *A guide to the UNCITRAL Model Law on international arbitration - legislative e history and commentary* (1989), que contiene una exhaustiva presentación y análisis de los trabajos preparatorios hechos por M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus.

²⁶ Muchos países y sistemas han adoptado la Ley Modelo y varios han confirmado que están en proceso de adopción. Entre los que la han adoptado, están los Estados de California, Georgia, Hawai, Connecticut y Texas, dentro de los Estados Unidos de América. A nivel federal existe la recomendación de no adoptar la Ley Modelo.

En México se han realizado diversas reuniones en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, planteando la implementación de esta Ley Modelo.

²⁷ Artículo 2.012 del TLC.

dir leyes modelo de procedimiento, para el específico tipo de arbitraje público ahí regulado.

5. SISTEMAS DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Se puede sostener que la regulación del arbitraje comercial internacional en México posee un doble sistema, es decir, un sistema dual: uno que podemos llamar *sistema ordinario*, o que sigue las reglas generales, y otro sistema, que llamamos *sistema convencional o especial*, y que sigue líneas o reglas especiales.

En el sistema *ordinario* se regulan las cuestiones de arbitraje con la mayoría de los países del mundo (en este sistema la regulación está regida principalmente por el Derecho interno), en tanto que en el *convencional o especial* entran aquellos países que han firmado alguna de las convenciones o tratados internacionales (en este sistema la regulación está regida principalmente por el Derecho convencional internacional).

En ambos sistemas (el ordinario y el convencional) cobra particular importancia el *tratamiento de los laudos extranjeros*. Esto es, ciertos laudos extraños serán tratados en base al sistema ordinario, en tanto que otros laudos serán tratados en base al sistema convencional o especial.

Un *conflicto entre sistemas especiales* se presenta cuando los países en juego son suscriptores de dos o más convenios internacionales. Por ejemplo, México y Estados Unidos de América son suscriptores de las Convenciones de Nueva York y la de Panamá.

La respuesta directa a esta posible contrariedad se presentó en Estados Unidos de América, cuando en 1981 el Presidente Reagan envió al Senado la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975, cuestionándose el por qué esta Convención nada establecía para el caso de países firmantes de la Convención de Nueva York.

El caso es que para 1981 una gran cantidad de países americanos había adoptado la Convención de Panamá a la vez; Estados Unidos de América consideró superior la Convención de Nueva York, pero advirtió que pocos Estados latinoamericanos eran suscriptores de esa Convención.

¿Qué hacer para cuando en Estados Unidos de América esté vigente tanto la Convención de Panamá como la de Nueva York? Se recomendó al Senado adoptar la Convención de Panamá, con la reserva en la que se estableciera que Estados Unidos de América sólo reconocería la Convención de Nueva York

para el caso de que también pudiera ser aplicable la de Panamá²⁸. Lo que significa que en Estados Unidos de América no se podrá invocar como aplicable la Convención de Panamá frente a México, en los términos que en las reservas se plantean.

Una excepción con motivo de esta reserva lo es el TLC, para casos de arbitrajes relativos a inversiones, donde al parecer sí podrá aplicarse la Convención de Panamá²⁹.

En estas reservas a la Convención de Panamá, Estados Unidos de América estableció que en el caso de que tanto la Convención de Panamá y la de Nueva York puedan ser aplicables, la que se aplique será la de Nueva York, a menos que la mayoría de las partes al arbitraje sean ciudadanos del Estado o de los Estados que ratificaron la Convención de Panamá y sean miembros de la OEA.

6. LA MERCANTILIDAD DEL LITIGIO

La actividad arbitral puede recaer *sobre cualquier tipo de litigio*, sea este comercial, civil, laboral, etc. Todo depende de la admisión de las materias que sean permisibles en un sistema legal, en especial cuando se trata de reconocer y ejecutar un laudo arbitral.

En la Convención de Nueva York se estableció la posibilidad de que los Estados pudieran limitar el arbitraje únicamente a la materia comercial, estableciéndose a la vez que la mercantilidad se *calificaría conforme a la ley del Estado suscriptor* de la Convención. Pero para que ambos casos (es decir, la restricción a lo comercial y la calificación de lo comercial) pudieran ser aplicables, el Estado signante al momento de adherirse a la Convención debía formular una reserva mediante la declaración correspondiente. México no formuló ninguna reserva; por tanto, el Convenio neoyorquino *no sólo se aplica a cuestiones netamente mercantiles, sino también a cualquier otra materia*, por lo que se dejó de cubrir un punto tan importante como es la *calificación* de la mercantilidad.

No obstante, conviene tener presente que Estados Unidos, país con el que mayor comercio jurídico realiza México, al adherirse a la Convención de Nueva York en 1970, mediante reserva, restringió la aplicación a la *materia comercial*,

²⁸ Informe relativo a la Convención de Panamá, presentado por Mariam NASHLEISH, *Office of the adviser, Department of State*, págs. 982 a 986.

²⁹ Artículos 1.136.3 b) y 1.136.7 del TLC.

y en los términos en que *lo comercial es calificado en Estados Unidos de América*.

El problema principal que se presenta no sólo en la Convención de Nueva York, sino también en la de Panamá, especialmente para quienes no son partes de la primera de las Convenciones, es la calificación de la mercantilidad, puesto que en la Convención de Panamá no se estableció cuál será la ley que se considere aplicable para *calificar la mercantilidad*, lo cual resulta de gran importancia.

Trigueros y Vázquez Pando opinan que la Convención (de Panamá) no aclara conforme a qué derecho debe calificarse la mercantilidad del negocio... El problema de calificación puede, en ambos casos, plantear problemas difíciles, pues la diferencia entre asuntos civiles y mercantiles no existe siquiera en todos los países de tradición romano-germánica, como es el caso de Italia³⁰.

En la Ley Modelo de UNCITRAL, el artículo 1 trata de definir, aunque sea de manera casuística, diversos actos que se califican como mercantiles o comerciales; por ejemplo, intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

El problema a resolver consiste en determinar si las cuestiones relativas a inversiones son comerciales o no.

En el TLC, de manera expresa se considera *operación comercial* cualquier reclamación sometida al arbitraje referente a inversiones³¹. Con lo cual, el problema de la calificación de la mercantilidad queda salvada con esta norma material.

³⁰ TRIGUEROS, Laura, y VÁZQUEZ PANDO, Fernando: *La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional*, pág. 293. En el Código suizo de las Obligaciones, por ejemplo, se asentó la unificación del Derecho privado. Supone esta codificación que no es necesario diferenciar la materia mercantil de la civil. Esta posición fue seguida en el Código civil italiano de 1942, así como el chino, al igual que el holandés.

En México, a decir de Mantilla Molina, se pensó elaborar un Código similar al de las obligaciones suizo, unificando las materias civil y mercantil. No obstante, la Comisión que elaboró el Código civil, consideró difícil la reforma constitucional. Roberto MANTILLA MOLINA, *Derecho mercantil*, pág. 18.

³¹ Artículo 1.136.7 del TLC.

7. ACUERDO ARBITRAL

Según la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975, el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. Según la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, los Estados contratantes reconocerán «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o que puedan surgir... La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de notas o telegramas».

Durante los debates que dieron lugar a la Convención de Nueva York, una de las delegaciones propuso que al final de la segunda parte del artículo II se le adicionara «... y confirmada por escrito por una de las partes...», es decir, que el intercambio de notas o telegramas debería ser confirmado por escrito. Esta propuesta fue rechazada tanto por la Unión Soviética como por el Reino Unido, y al momento de la votación no se aceptó. Por tanto, no se requiere que la aceptación tenga que hacerse por escrito, lo que significa que *la aceptación puede ser verbal*.

Como se advierte, en ambos instrumentos internacionales se regula el arbitraje voluntario y no el forzoso u obligatorio, pero además se establece la posibilidad de que previo al surgimiento del litigio se pueda pactar el acuerdo arbitral.

En el caso del arbitraje regulado en el TLC, relativo a inversiones, el legislador convencional, al enfrentarse a los sistemas relativos al *momento en que puede celebrarse el acuerdo* arbitral, es decir, antes de que surja el litigio o luego de surgido el litigio, prefirió acoger el del segundo caso.

En el TLC, el inversionista que pretenda demandar, antes de presentar su demanda le deberá avisar al presunto demandado su deseo de someter el litigio al arbitraje. El presunto demandado deberá contestar manifestando su consentimiento por escrito de someterse al arbitraje. Si falta este consentimiento, el arbitraje no puede iniciarse. Simplemente no ha habido acuerdo arbitral.

El artículo 1.121 del TLC establece a la vez que el presunto demandado, además de manifestar su consentimiento de someterse al arbitraje, también deberá expresar su *renuncia a someter ante los tribunales del Estado ese litigio*.

El TLC establece a la vez reglas relativas al consentimiento: número de árbitros y método de nombramiento; integración y designación de árbitros³².

³² Artículos 1.122 a 1.124 del TLC.

Por ejemplo, lo establecido en el propio TLC, el consentimiento para llevar un litigio al arbitraje deberá ajustarse a los siguientes instrumentos: Convenio de CIADI, Convención de Nueva York o Convención de Panamá.

a) Arbitrabilidad del litigio

Lo que llamamos arbitrabilidad del litigio se conecta en la idea de lo que Brierly denomina disputas *enjuiciables* y disputas *no enjuiciables*. Resulta lo anterior importante, porque el mismo autor sostiene que cualquier *controversia es enjuiciable*. La anterior teoría fue formulada para el arbitraje público y no para el privado; nos permite llevarla o extrapolarla al campo del derecho del arbitraje privado.

Parte Brierly de la idea de que si la disputa implica una trascendencia jurídica, resulta indudable que cualquier disputa puede enjuiciarse. Lo que pasa es que los Estados, *al legislar, sustraen ciertos litigios a la enjuiciabilidad* de ciertos tribunales. Pero esta sustracción es sólo una actitud de los Estados, pero no puede derivarse de esa actitud el que no sean enjuiciables todas las controversias. Por tanto, cuando se suele aludir a lo enjuiciable y a lo no enjuiciable (en nuestro caso a lo arbitrable y a lo no arbitrable), tal distinción no debe contemplarse desde la *cualidad misma del litigio* interpartes, sino de la *actitud del Estado* que no quiere que ciertos litigios sean conocidos por determinados tribunales, es decir, no quiere que los enjuicien³³.

En efecto, el artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles, agregado el 12 de enero de 1988, establece:

«Art. 568. Los Tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes.

II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar.

III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas.

³³ BRIERLY, J. L., *La ley de las naciones*, págs. 210 y 211.

IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales, y

V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes.»

La inarbitrabilidad resulta *establecida en la ley*, pero a la vez, aun cuando ciertos litigios estén establecidos en la ley como enjuiciables, la inarbitrabilidad también puede resultar *de la voluntad de las partes*. Por ejemplo, se puede establecer en un acuerdo arbitral que los litigios derivados de ciertas cláusulas de un contrato sean arbitrales, en tanto que los litigios que puedan derivar de otras cláusulas, no serán arbitrables. En estos casos, la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de los litigios deriva de la voluntad de las partes.

Por tanto, en una primera clasificación podemos obtener que los litigios pueden ser arbitrables, ya sea por *disposición de la ley, de los tratados* o por *disposición de las partes* comprometentes.

En una segunda clasificación, la arbitrabilidad atiende al tipo de tribunal, teniendo así *litigios arbitrables por tribunales locales* y *litigios arbitrales por tribunales extranjeros* o internacionales.

Debemos a la vez diferenciar los litigios arbitrales de lo que es el reconocimiento de litigios arbitrales. En el primer caso se permite que un litigio sea arbitrable en tanto que en el segundo no importa si el litigio es o no arbitrable, sino que se reconozca que un litigio ha sido arbitrado. Al campo internacional parece importarle más esta segunda cuestión, pero en el caso del TLC se acogen ambas cuestiones.

En el ámbito internacional, y en relación al reconocimiento de arbitrabilidad, el Convenio entre México y España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales *excluye del reconocimiento de arbitrabilidad* los litigios fiscales, aduaneros y administrativos, al igual que los litigios derivados del estado civil y capacidad de las personas físicas, divorcio, nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, pensiones alimenticias, sucesiones, quiebras, concursos, liquidación de sociedades, cuestiones laborales, seguridad social, daños de origen nuclear, daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, así como cuestiones marítimas y aéreas.

En el ámbito interno, según nuestra ley, no se pueden someter a tribunales arbitrales, sean nacionales o extranjeros³⁴, cuestiones fiscales, alimenticias, divorcios, nulidad de matrimonio, estado civil de las personas, litigios de cono-

³⁴ Un acuerdo arbitral que comprenda la composición de litigios no autorizados por el Estado, esto es, lo que se llama *litigios inarbitrables*, puede concretizarse en otro Estado dentro del terreno de las hipótesis y posibilidades. Es decir, que en el mundo fáctico las partes

cimiento exclusivo para los tribunales judiciales mexicanos, cuestiones penales, etcétera. Hay tras estos casos de inarbitrabilidad una referencia a litigios basados en *normas sustantivas indisponibles* o de *competencia judicial exclusiva* (véase el artículo 568 del CFPC antes transcrito).

Hay casos en que a pesar de que internacionalmente un litigio no sea reconocido como arbitrable, sí lo puede ser internamente. Por ejemplo, según el citado convenio entre México y España, no se reconocerá ningún litigio que hubiese sido arbitrado sobre régimen patrimonial del matrimonio, lo que internamente sí puede ser arbitrable en México.

b) Litigios arbitrables en el TLC en relación a las inversiones

El TLC sujeta al arbitraje los siguientes litigios³⁵:

- a) Los fundados en la afirmación de que un Estado ha incumplido con los principios reguladores de la inversión establecidos en los artículos 1.101 a 1.114 del TLC.
- b) Los fundados en la afirmación de un inversionista en el sentido de que un país ha incumplido con la obligación de que sus empresas de Estado, o que estén bajo su control mediante participación accionaria, actuando contra lo dispuesto en las normas sobre inversión (Capítulo XI) o de servicios financieros (Capítulo XIV), y
- c) Los fundados en la afirmación de que un inversionista ha sufrido pérdidas o daños a consecuencia de que un monopolio de propiedad privada o gubernamental ha actuado de manera incompatible con las obligaciones derivadas del tratado, cuando ese monopolio ejerció facultades reglamentarias o administrativas, o cualquier otra función que el Estado le delegó, como puede ser la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.

pacten someterse a un arbitraje, a pesar de que no estén autorizados por el ordenamiento jurídico. Incluso puede ocurrir que ese litigio sea llevado a los tribunales arbitrales y que todavía esos tribunales de arbitraje resuelvan la controversia. Pero cuando el Estado, a través de sus Tribunales judiciales, se entera de ese convenio arbitral e incluso de ese laudo, deberá *negarle reconocimiento* y ejecución. Esta es la sanción del legislador a quien no observa la norma prohibitiva de someter al arbitraje ciertos litigios.

No existe una sanción inmediata a la aprobación de un acuerdo arbitral entre las partes comprometidas, sino que, tal vez de manera más tardada, el Estado espera *hasta que los comprometidos reclamen el reconocimiento al laudo recaído* con motivo de un convenio arbitral, que desde el inicio es nulo.

³⁵ Artículo 1.116 del TLC.

8. ÓRGANOS DEL ARBITRAJE

a) *Centros administradores*

Los Tribunales arbitrales internacionales regularmente no funcionan por sí solos, a menos que exista un órgano o institución que los administre, y esto es lo que hacen los centros, agencias o asociaciones administradoras de arbitrajes.

Los tribunales correspondientes se encuentran siempre supeditados a un Centro Administrador de Arbitrajes.

No fueron precisamente los Gobiernos oficialmente instituidos los que por primera ocasión establecieron estos centros o asociaciones de arbitraje. Fue en la Edad Media cuando los comerciantes, organizados por sí mismos, ya en las ferias, o en sus organizaciones, como surgieron estas instituciones.

En nuestra época esos mismos comerciantes asociados en las *Cámaras de Comercio* han sido quienes generalmente han organizado a los Tribunales de arbitraje. En el campo internacional, la Cámara Internacional de Comercio, con sede en París, organizó a los tribunales internacionales de arbitraje comercial a principios del siglo XX.

No es recomendable que un Gobierno estatal sea quien organice un centro o asociación de esta naturaleza. Es mejor dejar que sean los propios comerciantes quienes lo organicen. «Una institución de este tipo (arbitral) no debe ser creada por el Estado, sino por los hombres de empresa internacionales, los abogados y los doctrinarios. La iniciativa privada evitará que se extiendan los posibles problemas políticos que inevitablemente tratan de dirigir los esfuerzos»³⁶.

Cabe llamar la atención al hecho de que si bien es cierto que en el TLCX se remiten ciertos litigios al arbitraje, no se estableció órgano o centro administrador de arbitrajes, sino que se plasmó la posibilidad de que las partes en un conflicto pudieran recurrir a otros centros, por ejemplo, el de CIADI, al que adelante nos referiremos.

Hay una *gran cantidad de estos centros diseminados en diversos países*. Sólo para ejemplificar mencionaremos tres: la Comisión de arbitraje naval, adjunta a la Cámara de Comercio de lo que fuera la URSS, en Moscú, que conocía de

³⁶ SMITH, Hans: *The future of international commercial arbitration: a single transnational institution?*, pág. 29.

litigios derivados de la navegación; ahí mismo se encuentra la Comisión arbitral de comercio exterior, que conocía de litigios derivados del comercio exterior; o la Corte de Arbitraje para el comercio exterior de Yugoslavia³⁷. La mayoría de esos centros o asociaciones están integradas cual si se tratara de una red internacional.

Dentro de las *funciones que en lo general realiza un centro o asociación administradora* de arbitrajes, podemos listar las siguientes:

- a) Administrar tribunales de arbitraje.
- b) Recabar y actualizar un listado de árbitros.
- c) Designar árbitros para constituir el tribunal, incluyendo sustituciones.
- d) Difusión y enseñanza de la actividad comercial.
- e) Expedir el reglamento de procedimientos.
- f) Facilitar los medios para que el tribunal arbitral pueda desempeñar su actividad; por ejemplo, edificaciones, oficinas, secretariado, equipo, etc.
- g) Calificar causas de impedimento de árbitros.
- h) Resolver lo relativo a honorarios a árbitros.
- i) Administrar recursos económicos, estableciendo incluso los aranceles correspondientes.
- j) Auspiciar organismos regionales, etc.

b) Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Dentro de la Convención para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, también conocida como Convención de Washington, se creó el *Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*³⁸.

Este Centro tiene como cometido suministrar medios de conciliación y de arbitraje para solucionar controversias relativas a inversiones que los nacionales de un Estado le reclamen a otro Estado.

³⁷ GARCÍA, David: *El arbitraje internacional*, pág. 25.

³⁸ Esta Convención data de 1965, y entró en vigor hasta 1966. México no es parte.

Su sede es la del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo, conocido como Banco Mundial. Posee un Consejo de Administración con un secretario. Cada Estado contratante tiene en el Consejo a su representante, pero el Presidente del Consejo es el mismo que lo es para el Banco, pero carece de derecho de voto.

Dentro de las facultades del Centro está la de expedir el Reglamento para la conciliación y para el arbitraje. El Centro posee su propio listado de árbitros y de conciliadores.

Aunque la Convención que crea a este Centro no ha sido firmado por México, no pierde su importancia, ya que el CIADI es el Centro a que alude el TLC para resolver controversias relativas a inversiones³⁹, a condición de que tanto inversionista como el Estado demandado pertenezcan a Estados que sean parte de la Convención.

c) Comité consultivo

El TLC consigna la obligación de establecer un *Comité consultivo de controversias comerciales privadas*⁴⁰.

En realidad, este Comité no es una parte o elemento orgánico del arbitraje, sino una especie de órgano auspiciador, consultor o vigilador del arbitraje.

En efecto, el TLC dispone que se debe establecer este Comité, que deberá «presentar informes y recomendaciones a la Comisión»⁴¹ sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y de otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio»⁴².

No se trata, por tanto, del clásico centro administrador de arbitrajes, sino de otro órgano, con funciones diversas a las del arbitraje. Este Comité, como ya lo dijimos, sólo presenta informes y recomendaciones a la Comisión, que es la que supervisa y vigila el cumplimiento del TLC.

³⁹ Artículo 1.120 del TLC.

⁴⁰ Artículo 2.022.4, así como el Anexo 2.002.2 a), 8 del TLC.

⁴¹ Se refiere a la Comisión de Libre Comercio, que está integrada por los representantes de cada país, preferentemente del Secretario de Estado, y que es la que, entre otras funciones, supervisa y vigila el cumplimiento del TLC (artículo 2.021).

⁴² Este Comité debe integrarse «por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas».

9. ÁRBITRO

Para que un árbitro pueda representar a un órgano arbitral se requiere que posea *capacidad en abstracto*.

En la capacidad subjetiva en abstracto nos referimos a la capacidad personal de adquisición del puesto: ¿Qué se requiere para ser árbitro?

A pesar de lo escueto que son las Convenciones de Nueva York y Panamá a este respecto, en las mismas se contienen algunas disposiciones que nos facilitan entender este problema.

Si bien en el caso de los Tribunales judiciales un juzgador generalmente tiene que ser profesional del Derecho, contar con cierto tiempo en la práctica de la profesión, poseer cierta nacionalidad o tener cierto domicilio, etc., esto no ocurre en el caso de los requisitos que se deben reunir para ser designado como árbitro.

El artículo 1.418 del Código de Comercio en los casos en que faculta a un Tribunal judicial para designar árbitro, establece que el nombramiento procurará recaer en una «*persona idónea*», atendiendo a sus cualidades personales».

La Ley Modelo de UNCITRAL no se expresa con las palabras *persona idónea*, pero no obstante sí supone a tal persona, cuando indica que el árbitro debe ser independiente e imparcial (art. 11.5).

Por su parte, en el TLC se exige que el árbitro llamado a litigios sobre inversiones deberá contar «con experiencia en el Derecho internacional y en asuntos en materia de inversiones»⁴³.

10. LUGAR DEL ARBITRAJE

El lugar donde realiza su actividad el Tribunal arbitral (*locus arbitri*) se *elige por las propias partes*, sin importar que sea dentro o fuera del Estado (art. 1.423 frac. II, Código de Comercio). Si las partes no designan lugar, según los Reglamentos de CIAC (art. 16), de UNCITRAL (art. 16), así como la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 20.2), el *Tribunal arbitral lo elegirá*, tomando para ello en consideración las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

⁴³ Artículo 1.124.4 del TLC.

Aunque estas reglas permiten que la sede del arbitraje se ubique en país diverso al que corresponde a las partes contendientes, en el TLC, tratándose de arbitraje sobre inversiones, el lugar del arbitraje se *realizará en el territorio de cualquiera de los países firmantes* del tratado, a menos que los contendientes acuerden lo contrario⁴⁴.

Cuando las partes no puedan elegir sede para el proceso, éste se elegirá en los términos establecidos en las Reglas de CIADI o las de arbitraje de UNCITRAL⁴⁵.

11. TEMPORALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

El proceso arbitral no sólo se desarrolla en un espacio, sino que también resulta de gran importancia el *tiempo* en que los actos se desarrollan.

En base a la autonomía de la voluntad, las partes compromitentes pueden establecer el *plazo de duración* del enjuiciamiento arbitral, estableciendo incluso todo tipo de plazos requeridos durante la sustanciación del juicio.

Una norma relativa a la temporalidad en el arbitraje sobre inversiones es la establecida en el artículo 1.119 del TLC. Esta disposición establece que 90 días antes de presentarse un demanda, deberá darse aviso de la intención de demandar.

Un dato raramente observado en las reglas sobre arbitraje es el de la prescripción de la acción; dicho de otra manera, el tiempo dentro del cual se debe demandar. Como caso curioso, en el TLC, tratándose de litigios relativos a inversiones, la demanda no podrá presentarse después de tres años de que tuvo conocimiento, o debió haberse tenido conocimiento de la presunta violación alegada⁴⁶.

Pero deberán haber transcurrido cuando menos seis meses a partir de los actos en que se funda la demanda, para que un inversionista presente la demanda. Presentada la demanda, ésta deberá ser notificada dentro de los siguientes 30 días⁴⁷.

12. COLABORACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESTATALES

En el proceso arbitral, la solución de los conflictos ha llegado a una importancia tal que se trata de un proceso no oficial, pero sí práctico (que es lo que

⁴⁴ Artículo 1.130 del TLC.

⁴⁵ Artículo 1.130 del TLC.

⁴⁶ Artículos 1.116.2 y 1.117.2 del TLC.

⁴⁷ Artículo 1.127 del TLC.

generalmente le falta al judicial), que ha roto el esquema de sumisión a una voluntad estatal, donde ésta es la que priva. Prácticamente se rompen todos los vínculos de control con el Estado, y los que quedan sólo se reducen a una mínima expresión.

Los comprometidos y su árbitro, sólo se sirven del Estado, para que éste les dé la *coacción que requieren*, pero *no para que les dé soluciones*, ni opiniones. Es más, durante el proceso arbitral, ni siquiera se admite la *supervisión estatal*, y no existe la obligación de que el Estado esté informado de que se está tramitando un proceso arbitral.

Un Tribunal arbitral no depende del Tribunal estatal, pues sus actividades son independientes, aun cuando coincidan en que son jurisdiccionales. Hay incluso en el TLC disposiciones que permiten la *renuncia a la actividad jurisdiccional del Estado* y la aceptación o sometimiento a la actividad jurisdiccional del Tribunal arbitral⁴⁸.

A pesar de esa renuncia, los Tribunales del Estado están *obligados a colaborar con los Tribunales arbitrales*, para que éstos puedan desarrollar correctamente su actividad.

Son varios los actos que puede realizar el Estado en apoyo a la actividad arbitral.

En el TLC se establece que aunque las partes renuncien a su derecho de recurrir ante los Tribunales del Estado para que solucionen un litigio relativo a inversiones, sí es posible que a los Tribunales del Estado se les solicite diversos tipos de medidas⁴⁹.

Estas medidas serán, se asienta en el tratado, para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal⁵⁰.

Esta actividad a cargo de las autoridades estatales, sean judiciales o administrativas, no se encuentra en los Convenios internacionales, aunque sí en el TLC, así como en los Reglamentos de CIAC, UNCITRAL y de CCI⁵¹. Por lo que hace a las leyes internas, tampoco se menciona literalmente; no obstante, se

⁴⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 1.121 del TLC.

⁴⁹ Artículos 1.121.1 b) y 1.121.2 b) del TLC.

⁵⁰ Artículo 1.134 del TLC.

⁵¹ El artículo 8 de las reglas de CCI establecen que las partes, o el propio Tribunal arbitral, pueden solicitarle a la autoridad judicial medidas provisionales o conservatorias.

desprende del artículo 1.436 del Código de Comercio, cuando establece la *ayuda del Tribunal judicial en todo lo que se refiera a autos y decretos*⁵².

Seguramente la colaboración más importante de las autoridades estatales, y sí establecida tanto en tratados, convenciones, leyes, modelo y reglamentos, es la relativa al reconocimiento y ejecución de los laudos pronunciados por los Tribunales arbitrales. De esto no se escapa el TLC, que prevé la homologación, como ya lo veremos.

13. ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

El enjuiciamiento arbitral regulado en el TLC no difiere en mucho de otro tipo de enjuiciamientos. Hay en el mismo una fase *postulatoria*, donde se presenta la demanda y la contestación; una fase *probatoria*, así como la fase *conclusiva*.

Resaltemos sólo algunas de las diferencias o datos establecidos en el TLC.

Se establece como condición previa a la presentación de la demanda que el inversionista que pretenda demandar deberá dar aviso por anticipado al presunto demandado, de la intención de querer llevar al arbitraje el litigio⁵³.

En este tratado⁵⁴ se establece que «en un procedimiento arbitral conforme a lo previsto en esta sección (solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte), una parte no aducirá como defensa, contrademanda, derecho de compensación u otros, que el inversionista contendiente haya recibido o recibirá, de acuerdo a un contrato de seguro o garantía, indemnización u otra compensación por todos o por parte de los presuntos daños, cuya restitución se solicita».

El procedimiento permite las declaraciones de expertos para dictaminar sobre hechos relativos a asuntos ambientales, salud, seguridad u otros asuntos científicos⁵⁵.

No conocido en otras reglas de arbitraje, en el TLC se establece el procedimiento relativo a la acumulación de procesos. Así, cuando se trata de litigios sobre inversiones, se establece que el tribunal establecido conforme a las

⁵² El segundo párrafo del citado artículo establece que: «para la ejecución de autos y decretos, se acudirá también al Juez de primera instancia».

⁵³ Artículo 1.119 del TLC.

⁵⁴ Artículo 1.137.3 del TLC.

⁵⁵ Artículo 1.133 del TLC.

Reglas de UNCITRAL, podrá acumular procesos⁵⁶. Se regula aquí el procedimiento a seguir para acumular, y los eventuales resultados a que puede llegarse en este procedimiento de acumulación; por ejemplo, asumir competencia conjunta para todas las reclamaciones, o sólo algunas.

Mención especial merece otra de las actividades del Tribunal arbitral, como lo es la interpretación del TLC. A este respecto, las partes podrán solicitar se les dé una interpretación⁵⁷.

14. HOMOLOGACIÓN

Emitido el laudo, éste deberá presentarse en el lugar de ejecución para que, previo procedimiento de «*exequatur*», se conceda la ejecución.

Para el inicio del procedimiento de «*exequatur*», en el TLC se adopta una fórmula relativamente diversa a la establecida en otras codificaciones. En este tratado el laudo se presentará para ejecución tres meses después de pronunciado, o tan luego como se haya resuelto la reconsideración o anulación⁵⁸. Con esta fórmula se asegura que contra el laudo ya no cabe ningún medio impugnativo; pero el espacio de tiempo que se deja para el cumplimiento, de hecho se podrá considerar por la parte perdidosa como «un plazo de gracia».

15. UNA VÍA ALTERNATIVA AL «EXEQUATUR»

En el caso de los laudos arbitrales relativos a inversiones y que derivan del TLC, podrán ser reconocidos mediante el procedimiento de «*exequatur*» a que hacen alusión tanto la Convención de Nueva York o la panameña, es decir, en los términos normales de tramitación conocidos por la doctrina.

No obstante, en el TLC se establece una vía alternativa para obtener tanto el reconocimiento como la ejecución de esos laudos. Así, en lugar de llevar el laudo ante las autoridades judiciales, el inversionista que obtuvo laudo a su favor podrá presentar ante la Comisión Vigiladora del Tratado una solicitud requiriendo «una determinación en el sentido de que el incumplimiento o des-

⁵⁶ Artículo 1.126 del TLC.

⁵⁷ Artículo 1.128 del TLC.

⁵⁸ Artículo 1.136.3 b) del TLC.

acato en los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este tratado», y donde tal Comisión, también dispondrá «una *recomendación* en el sentido de que la parte (se refiere a un país contratante) se ajuste y observe el laudo definitivo»⁵⁹.

Independientemente de lo anterior, la parte que considere que los panelistas han cometido una falta grave de imparcialidad, o que tienen conflictos de intereses, o que han violado materialmente las normas de conducta, o que se han apartado de manera grave de una norma fundamental procesal, o que el panel se excedió ostensiblemente en sus facultades, podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria, reglamentado en el Anexo 1904.13 del propio Tratado, para lo cual se constituirá un Comité integrado por tres miembros, seleccionados de una lista de 15 jueces o ex-jueces de los tres países, quienes emitirán una resolución que será obligatoria para las partes en la controversia, anulando el fallo original del panel.

Para concluir, el artículo 1904, inciso 11, parte última, del TLC, establece que «ninguna de las partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus Tribunales nacionales una resolución de un panel», lo que indudablemente habrá de plantear problemas frente al juicio de amparo, ya que este recurso procede en contra de «leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales» (Art. 103 Constitucional).

16. DERECHO APLICABLE

Tratándose de litigios sobre inversiones, el TLC establece que las controversias se decidirán de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del Derecho internacional⁶⁰. Es decir, no se da aquí la posibilidad de que las partes litigantes puedan elegir el derecho aplicable.

⁵⁹ Artículo 1.136.5 del TLC.

⁶⁰ Artículo 1.131 del TLC.