

878509

14

2eg.

# UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



"EL ARBITRAJE EN EL CAPITULO XI DEL TRATADO DE  
LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE"

## T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A

LUIS FERNANDO MOJICA SALDAÑA

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. MANUEL FAGOAGA RAMIREZ

MEXICO, D. F.

265309

1998

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A Dios por la oportunidad de llegar a este momento y permitirme descubrir el sentido trascendente de la vida.

A mis padres a quienes debo todo lo que soy, y porque a su lado siempre me he sentido un privilegiado.

A mi hermana a la que admiro y deseo que alcance todas sus metas.

A mi abuelo el Lic. Adalberto Saldaña Villalba, por su imborrable ejemplo que siempre perdurara en mi recuerdo.

A Mercedes parte fundamental de este trabajo, por su cariño, comprensión y paciencia a lo largo del tiempo recorrido y esperando que se cumplan todos nuestros sueños.

A mis amigos Joaquin, Sergio y Xavier por los momentos compartidos.

# INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

## CAPÍTULO PRIMERO

### BREVE ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

1.1	Definiciones y Conceptos de Arbitraje en General .....	6
1.2	El Arbitraje en Nuestra Legislación Civil .....	11
1.3	El Arbitraje en Nuestra Legislación Mercantil .....	16
1.3.1	Reforma al Título IV del Código de Comercio.....	18
1.3.2	Definiciones Incorporadas al Código de Comercio sobre el Arbitraje Internacional .....	19
1.4	El Arbitraje en Nuestra Legislación Laboral .....	24

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL ARBITRAJE, UBICACIÓN Y CONTEXTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

2.1	Noción de Derecho Internacional.....	29
2.2	Las Fuentes del Derecho Internacional con Especial Mención de los Tratados .....	33
2.2.1	La Costumbre Internacional .....	35
2.2.2	Los Principios Generales del Derecho Reconocidos por las Naciones Civilizadas.....	38
2.2.3	La Jurisprudencia y la Doctrina .....	39
2.2.4	Los Tratados .....	40
2.3	Las Controversias entre los Estados.....	44
2.4	Los Medios Pacíficos de Solución de Controversias con Especial Mención del Arbitraje.....	47
2.4.1	La Negociación .....	49
2.4.2	Los Buenos Oficios y la Mediación .....	49



## **CAPÍTULO CUARTO**

### **POLÍTICAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ**

4.1	Introducción a las Principales Acepciones de la Inversión Extranjera ..	77
4.2	Antecedentes de la Inversión Extranjera en el Ámbito Internacional.....	77
4.3	Antecedentes de la Inversión Extranjera en México.....	80
4.4	Principales Políticas en Materia de Inversión en el México Contemporáneo.....	85
4.5	Análisis de la Nueva Ley de Inversiones Extranjeras (1993).....	87
4.6	Introducción a las Políticas en Materia de Inversión de los Países Signatarios del Tratado de Libre Comercio .....	100
4.7	Situación de la Inversión Extranjera en los Estados Unidos.....	101
4.8	Situación de la Inversión Extranjera en el Canadá .....	105
4.9	Estructura y Contenido del Tratado de Libre Comercio de América del Norte .....	107

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE**

5.1	Disposiciones Generales y Concepto de Inversión .....	109
5.2	Principios Reguladores del Tratamiento a la Inversión.....	110
5.2.1	Trato Nacional.....	110
5.2.2	Trato de Nación más Favorecida .....	110
5.2.3	Alta Dirección Empresarial y Consejo de Administración.....	111
5.2.4	Requisitos de Desempeño .....	111
5.2.5	Transferencia de Utilidades.....	112
5.2.6	Expropiación .....	112
5.3	Reservas y Principales Acepciones .....	113
5.4	Mecanismos de Solución de Controversias con Especial Mención del Arbitraje.....	114

5.4.1	Disposiciones Generales y Reglas de Procedimiento. ....	114
5.4.2	Requisitos para Someter una Controversia al Arbitraje.. ....	116
5.5	Definiciones del Capítulo XI.....	117
5.5.1	Participación de las Partes.....	117
5.5.2	Lugar del Procedimiento .....	117
5.5.3	Derecho Aplicable y la Necesidad del Estado Mexicano de Ratificar la Convención del CIADI.....	118
5.5.4	Designación del Tribunal Arbitral .. ..	121
5.5.5	Interpretación de Anexos y Reservas .....	121
5.5.6	Dictámenes de Expertos .. ..	122
5.5.7	Medidas Precautorias .. ..	122
5.5.8	El Laudo Arbitral, su Ejecución e Impugnación.. ..	122
5.6	Anexos y Reservas.....	123
Conclusiones .....		126
Bibliografía .. ..		133

## INTRODUCCIÓN

Se considera que uno de los deberes de los juristas y estudiosos del Derecho, ha sido desde siempre interpretar el signo de los tiempos con el objeto de adoptar y adecuar al Derecho a las necesidades y requerimientos de la sociedad, a fin de actualizar su contenido y dar respuesta oportuna a las demandas del hombre en su paso por el devenir histórico.

En virtud de lo anterior se considera que el tema del arbitraje en el Comercio Internacional y su importancia dentro de los tratados comerciales, y en especial el fenómeno de la inversión, se ajusta de manera idónea para ser materia de tesis, al ser un tópico interesante y novedoso dentro de la Ciencia Jurídica.

La importancia del Arbitraje ha tenido gran auge en el Derecho Internacional, siendo en la actualidad un instrumento indispensable para la solución de controversias comerciales. Sin embargo resulta interesante mencionar, que la vía del arbitraje que hoy en día se conoce como un avance de la técnica jurídica moderna que ha derribado barreras nacionales y fronteras de cualquier especie mediante la unificación de sistemas jurídicos distintos, no es una creación reciente del Derecho, sino un procedimiento que durante muchos años estuvo en el olvido y que a partir de la segunda mitad de este siglo XX ha cobrado una relevancia inusitada, siendo a partir de la Convención de Nueva York en 1958, sobre el

Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras donde se marcó un parteaguas en esta materia para todos los países signantes como México.

Haciendo un análisis de cada una de las circunstancias y motivos que originaron la denominada resurrección de la institución arbitral, podemos señalar, como causas generales, la globalización de la economía, el desarrollo tecnológico, las telecomunicaciones, y sobre todo la necesidad de una impartición de justicia más eficaz y expedita ante la imposibilidad de los Tribunales Nacionales o Estatales para dar solución a los conflictos específicos que se suscitan en el ámbito del Comercio Internacional, lo que por consecuencia ha propiciado una decadente impartición de la justicia estatal y un florecimiento del proceso arbitral.

Asimismo el proceso de globalización de los mercados regionales en los últimos años en Europa (Unión Europea), América del Sur (Mercosur), Asia (La Cuenca del Pacífico) y América del Norte (El Tratado de Libre Comercio de América del Norte), han transformado las relaciones entre los Estados, y Organizaciones que participan en la creación de nuevos bloques comerciales, por lo que el Derecho solo podía adecuarse a las nuevas necesidades proponiendo la solución de controversias entre comerciantes y empresarios mediante un mecanismo justo y equitativo donde las mismas partes en conflicto tengan una integración y participación decisiva en su correcta aplicación.

Dentro de la investigación en los primeros dos Capítulos se busca a partir de su planteamiento, brindar una visión general del arbitraje en nuestro Derecho Interno y en el Derecho Internacional Público, proporcionando al lector un amplio panorama, sobre la situación que guarda el arbitraje en nuestro país y su compatibilidad con el Derecho Convencional Internacional y especialmente con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. De igual manera el Capítulo Cuarto, aborda el marco jurídico de la inversión extranjera en México, sus antecedentes y su vinculación con el Capítulo XI del TLCAN. En el mismo sentido en el capítulo V se comprenden los principios bajo los cuales se regula la inversión en el Tratado y los medios alternativos de solución de controversias; como son la Conciliación, la Mediación y el Arbitraje, siendo este último el objetivo de nuestro estudio, ya que es el mecanismo por excelencia para dar solución a cualquier desacuerdo que se presente entre los inversionistas.

Además de estudiar el mecanismo de solución de controversias como un procedimiento innovador y completamente diferente del resto de los acuerdos existentes en este sector, se analizará la posibilidad que tienen los inversionistas para reclamar el pago de daños y perjuicios por las violaciones a cualquiera de las disposiciones del Tratado por parte del país receptor de la inversión.

Asimismo se analizará con profundidad a los Centros o Agencias Administradoras de Arbitraje como: la Corte de Arbitraje Internacional (CAI), la Asociación Americana del Arbitraje (AAA), y la Comisión Interamericana de Arbitraje

Comercial (CIAC), destacando su composición, estructura, atribuciones, a fin de conocer con certeza las Instituciones y Centros que regulan hoy en día al Arbitraje Internacional, los cuales han tenido una gran influencia en el Derecho Convencional Internacional, el cual es una de las fuentes básicas del Arbitraje en México. En virtud de lo anterior se analizan al menos tres de las Convenciones más relevantes para nuestro país, como son: la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975, y la Convención de Montevideo de 1976, señalándose el significado que cada una tiene en relación con el Tratado de Libre Comercio y en particular con el Capítulo XI de dicho Tratado.

Al respecto se considera oportuno aclarar que el trabajo y la investigación que se ha plasmado en la presente tesis tiene como finalidad dar a conocer los beneficios y ventajas del procedimiento arbitral en el ámbito del comercio internacional. En virtud de lo anterior se pretende desde la perspectiva del Arbitraje Internacional tratar el tema de la inversión extranjera, sin embargo es necesario señalar que el objetivo principal de esta investigación no es realizar un estudio de la misma, sino destacar la figura del arbitraje como un instrumento imprescindible en las relaciones comerciales presentes y futuras de nuestro país con el exterior.

Cabe señalarse que en los últimos años en forma innegable, en México se ha incrementado el estudio del arbitraje, celebrándose Tratados Comerciales que nos han obligado a modificar y adicionar diversos ordenamientos y disposiciones sobre arbitraje, como la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el

22 de julio de 1993 al título IV del Código de Comercio, la cual incorporó al Arbitraje Internacional en nuestro Derecho Interno, lo que nos permitió ser *congruentes con instrumentos jurídicos internacionales tan importantes como la Ley Modelo de la UNCITRAL*. Asimismo se hace alusión a la conveniencia de continuar y complementar las reformas efectuadas por nuestro país, con la adhesión de México a la Convención del CIADI, a efecto de obtener mayores alternativas en el procedimiento arbitral instaurado en el capítulo XI del TLCAN.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **BREVE ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN MÉXICO**

#### **1.1 Definiciones y Conceptos de Arbitraje en General**

El arbitraje es una institución jurídica que ha preservado a la humanidad de incontables conflictos singulares y colectivos, pues no sólo abarca el campo de las vinculaciones de los Derechos Privado y Público, sino también el ámbito de las relaciones internacionales donde ha tenido un mayor desarrollo en los últimos años, como hemos de ver en el curso de la presente investigación.

Históricamente el arbitraje fue conocido desde los pueblos más antiguos, pero alcanza sus perfiles más claros hasta el Derecho Romano, ubicándose como un elemento importante dentro de las épocas en que se desarrolló el sistema procesal imperante.

En efecto, los Romanos conocieron esos procesos que se desarrollaron en tres épocas diferentes: la época Monárquica, la de la "legis acciones"; la época Republicana, que es la del proceso formulario; y el Bajo Imperio, que es la del proceso "extra ordinem".

En los dos primeros procesos, existía una separación del procedimiento en dos instancias. La primera se desarrollaba ante un magistrado y se llamaba "in iure", la

segunda, ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante juez privado, y se llamaba "in iudicio", (delante del juez). En la primera instancia, se determinaba la captación jurídica del caso, en la segunda se ofrecía, admitía y desahogaban las pruebas, tras lo cual las partes prestaban sus alegatos y el juez emitía sentencia.

En este periodo que comprendía a las dos primeras fases y que recibía el nombre de genérico de "ordo iudiciorum", se encuentra una transición entre la justicia privada y la pública, ya que la intervención de la autoridad pública se limitaba en ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje de un "iudex privatus", y en el periodo formulario, en vigilar que se planteara correctamente el problema jurídico ante éste árbitro, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que debería dictar, según el resultado de su investigación de los hechos. Por lo demás, siempre que el vencedor lo solicitaba, el Estado intervenía para dar eficacia (homologaba el laudo o sentencia), si el perdedor no obedecía voluntariamente. Por tanto, en ese periodo ya no se operaba la fase de la "justi ia" por propia mano, ya que intervenía la autoridad pública, en la persona del magistrado, si bien el papel de éste se limitaba originalmente a asegurar que las partes recurrieran al arbitraje y que la cuestión fuera planteada correctamente.

Pero el Derecho Romano conocía, junto a este procedimiento oficial, otro arbitraje completamente privado, en el que las partes, sin recurrir a ningún magistrado, se ponían de acuerdo entre sí y con un árbitro, para que éste resolviera la

controversia surgida entre ellos. Se daba entonces el "receptuorum arbitri", convenio por el cual una persona aceptaba el cargo de actuar como árbitro en un pleito (1).

Desde entonces, el arbitraje se modula sobre la base de la existencia de un conflicto entre partes y de la intervención de un tercero para solucionarlo (esto es un procedimiento heterocompositivo), que no es parte de la Judicatura. Y es precisamente sobre estas bases que se realiza el arbitraje y consecuentemente el juicio arbitral, por lo que es necesario a efecto de obtener una mayor comprensión del tema poner de relieve las diferencias existenciales entre el proceso jurisdiccional y el propio arbitraje.

Si bien ambos procedimientos tienen una nota común el ser soluciones heterocompositivas del litigio, o sea, soluciones provenientes de un tercero ajeno a la relación substancial, por lo que el proceso jurisdiccional y la obligatoriedad de la solución es derivada de la ley y la autoridad misma del Estado, en tanto que la obligatoriedad del arbitraje sólo puede tener como fundamento, el acuerdo de las partes de someter determinado litigio a la solución de un árbitro o árbitros, esto es de un particular y no del representante de un Estado, aunque en todo caso este acuerdo debe ajustarse a los términos permitidos por la ley.

Una de las diferencias consiste, en que la resolución final que se dicte con motivo del proceso-sentencia, posee fuerza ejecutiva por sí misma, y por tanto podrá ser

ejecutada por el juez que la haya dictado, mientras que la resolución final dictada con motivo del arbitraje-laudo, no posee fuerza ejecutiva, por lo que su ejecución únicamente podrá alcanzarse recurriendo a un juez que la ordene.

Estos caracteres esenciales del arbitraje presiden la generalidad de definiciones aportadas por los autores, como lo ejemplifican las que a continuación mencionamos:

Jean Robert: "Se entiende por arbitraje la institución de una justicia privada gracias a la cual los litigios son sustraídos a las jurisdicciones del Derecho común, para ser resueltas por individuos revestidos, circunstancialmente de la misión de juzgarlos."

Rafael de Piña: "Actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver el conflicto de intereses que les ha sido sometido por los interesados" (2).

Se aprecia desde luego que la primera definición citada, es más adecuada que la segunda, ya que la empleada por el maestro Rafael de Piña resulta un tanto repetitiva por emplear el término "árbitro", que es precisamente el que tratamos de conceptualizar.

También hemos de citar dos definiciones que por ser descriptivas, resultan más completas a saber:

Flores García: "El arbitraje es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes, (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional) siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva, tiene un ritual, menos severo que el del procedimiento jurisdiccional. Así la resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina "laudo" cuya eficiencia depende de la voluntad de las partes, o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten".

Trueba Urbina: "El arbitraje, en Derecho Privado consiste en la facultad jurisdiccional que las partes confieren por su propia voluntad a simples particulares con el fin de que juzguen determinados conflictos. Generalmente supone la sumisión de las partes a un tercero a quien se encarga la decisión de una controversia, pero correspondiendo en todo caso su ejecución al poder público, esto es al juez ya que los árbitros privados aunque tienen atribuciones para decidir o dar solución a una controversia, ejercen funciones que no tienen carácter de autoridad y por lo tanto sus laudos, aunque irrevocables por voluntad de las partes, no son ejecutivos al carecer del carácter "iuris imperium" del que gozan únicamente los jueces ordinarios" (3).

Conceptualizada así la institución del arbitraje en general, abordaremos en los incisos que siguen a las particularidades que asisten a la institución vista desde los enfoques de algunas ramas del Derecho Interno, pero no sin antes destacar, con Ovalle Favela, un punto que de suyo interesa a los efectos del presente trabajo y que consiste en poner de relieve que el arbitraje ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia en nuestra época, particularmente en el Derecho Internacional Público y Privado, ya que es en esta rama del Derecho donde suele utilizarse con cierta frecuencia, como uno de los medios más adecuados para solucionar pacíficamente las controversias que se suscitan entre Estados y entre particulares.

## **1.2 El Arbitraje en Nuestra Legislación Civil**

Ya Joaquín Escriviche expresaba el siglo pasado que el árbitro, es el sujeto elegido y nombrado por las partes, para que decida a sus respectivas pretensiones, ya que en las leyes de Partidas se definía como “el juez avenidor que es escogido y puesto por las partes para librar la contienda que existe entre ellos.”

Por lo demás este mismo autor explicaba que el árbitro se llamaba “Juez avenidor o de avenencia”, por que las partes se avienen en lo que sea; y que es “compromisorio” porque es nombrado por compromiso o convicción, y que es además árbitro, porque es elegido por voluntad o arbitro de las partes, o bien

porque en su mano y albedrío se pone la decisión del negocio sobre el cual las partes difieren.

Asimismo, de conformidad con las leyes de Partidas, dicho autor precisaba que hay dos especies de árbitros, unos denominados árbitros de derecho, o simplemente árbitros; y otros, árbitros de hecho o más bien arbitradores.

Los árbitros de Derecho deben proceder y determinar con arreglo a las leyes y siguiendo las formalidades esenciales del procedimiento, en la misma forma que los jueces ordinarios; siendo los árbitros de hecho más que unos amigables componedores que pueden proceder y determinar según su leal saber y entender, sin arreglarse al Derecho o sujetarse a las formas legales (4).

En nuestro código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal están contempladas esas dos especies de árbitros, al disponer el artículo 628, que los árbitros decidirán según las reglas del Derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia.

En el título octavo de dicho ordenamiento, destinado a la regulación del juicio arbitral, se prevé muy especialmente, aunque sin definirlo el estatuto del compromiso o acuerdo arbitral, donde las partes entregan la resolución de sus diferencias al juicio del árbitro, el cual dispone que puede celebrarse antes de que

haya iniciado el procedimiento, durante este y después de concluido sea cual fuere el estado en el que se encuentre pudiendo manifestarse por escritura pública o por escrito privado. Más ¿Qué es el compromiso o acuerdo arbitral?

Es un contrato consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan a las siguientes vinculaciones:

1. No acudir a la jurisdicción ordinaria para la decisión de un litigio que tiene pendiente.
2. Someter dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios árbitros o una institución arbitral.
3. Fijar sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido.
4. Nombrar árbitros o determinar la manera de designarlos.
5. Precisar el lugar en el que ha de seguirse el juicio arbitral, su duración así como el Derecho aplicable al fondo de la controversia <sup>(5)</sup>

En cuanto al procedimiento, las partes y el árbitro seguirán los plazos y las formas establecidas para los tribunales, si las partes no hubieran convenido otra cosa, pero, cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre estarán obligados a recibir pruebas y a oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiera.

### Principales Excepciones.-

Debido a la singular relevancia del Derecho de Familia no se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

1. El derecho de recibir alimentos.
2. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias.
3. Las acciones de nulidad del matrimonio.
4. Los concernientes al estado civil de las personas (artículo 615 del C.P.C.).

La base justificativa de la exclusión de estos asuntos del campo del arbitraje, deviene de la enorme trascendencia que asiste a las relaciones familiares en razón de que constituyen las manifestaciones de la entidad familia, que es el núcleo de la integración social. Esta importancia se corrobora con la siguiente definición:

"Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida, y disolución de la familia" (6).

Se sigue de la aludida exclusión de los asuntos familiares respecto al juicio arbitral, que la importancia de ésta y su sentido ampliamente social, demandan que la solución de los conflictos de esa índole debe ser invariablemente abordada

por el órgano jurisdiccional, esto es por un órgano que sea representante del Estado.

En cuanto a la cláusula compromisoria, es un segmento, o apartado accesorio de un contrato en virtud del cual las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas, se someterán para su arreglo, a un arbitraje resultando por ello obviamente que la propia cláusula es previa al nacimiento del litigio futuro y al posterior arreglo arbitral (7).

En este sentido se aportan algunas equiparaciones entre la jurisdicción estatal y el arbitraje, al exponerse que, cuando, por ejemplo, el Código Civil concede a las partes el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral, lo que hace es autorizar, la sustitución del juez ordinario por un árbitro a efecto de dar una solución a una controversia específica.

Así los órganos arbitrales constituyen en cierto modo un órgano jurisdiccional accidental, integrado por jueces privados quienes están encargados de administrar justicia en un caso concreto. A lo que se agrega textualmente: "Arbitrar, en su significado gramatical, significa juzgar".

Precisando así el arbitraje en el campo del Derecho Civil, debemos reiterar la importancia que tal institución ha asumido en el Derecho Internacional; lo que se explica en términos de Flores García:

"Aunque el arbitraje es una vía que desde tiempos muy antiguos se empleó para dirimir contiendas, en épocas recientes ha cobrado nuevos bríos respecto a la preferencia con que se ha visto favorecida, especialmente en el orden internacional y sobre todo en el Derecho Privado, va en aumento, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que permite evitarse entrar en la avalancha de negocios contenciosos que se ventilan en los tribunales, y a la posibilidad que brinda la designación de un tercero imparcial que no está involucrado ni presionado por el cúmulo judicial".

Para terminar este inciso, una definición breve y muy aclaratoria:

"El juicio arbitral es el que se tramita ante personas que no son jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales sino como particulares".

### **1.3 El Arbitraje en Nuestra Legislación Mercantil**

Es en el ámbito de las relaciones mercantiles en el que más ha proliferado el procedimiento de solución de conflictos mediante el arbitraje. Ello deviene de que como expresa Ascarelli: "la intermediación en el cambio constituye, en toda sociedad civilizada, una actividad particular a la que se dedica, por las exigencias de la división del trabajo, una categoría especial de la población, demandándose por consecuencia la rapidez en el recíproco cruzamiento de relaciones de cambio, lo que conforma una disciplina jurídica más simple, pero al mismo tiempo más rigurosa que la del Derecho Común, por lo que en base a este razonamiento se

deriva la formación de reglas especiales para la disciplina de los comerciantes y de la actividad mercantil”.

Por las mismas razones es que en dicha disciplina se contempla como un procedimiento esencial -del Derecho Procesal Mercantil- el procedimiento convencional, que en nuestro Derecho está postulado por el artículo 1021 del Código de Comercio, que a la letra expresa:

“El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o en un procedimiento arbitral”.

En cuanto al procedimiento convencional, los tribunales se sujetarán al acuerdo que las partes hubieran pactado siempre que el mismo se hubiera formalizado en escritura pública, póliza ante el corredor o ante el juez que conozca de la demanda, y siempre y cuando se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

Tales formalidades son las que previene el Código sobre el desahogo de la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos (8)

### 1.3.1 Reforma al Título IV del Código de Comercio

En lo que respecta al punto que nos interesa, el citado ordenamiento consagra el título cuarto del libro quinto a la materia arbitral, bajo el rubro genérico "Del Arbitraje Comercial" mismo título que fue modificado y adicionado por decreto del 22 de julio de 1993, siendo entonces cuando se introdujo ya en forma sistemática el Arbitraje Comercial Internacional.

Así, queda previsto en el artículo 1415, inicial del propio título mencionado, que se aplicará el arbitraje comercial internacional, las disposiciones en éste contenidas, siempre y cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte de otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

Se ha subrayado lo relativo a la previsión sobre Tratados Internacionales por razón obvia, ya que el tema central es el arbitraje, su funcionamiento y análisis a la luz del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio (TLCAN), al que se hará referencia ampliamente en su oportunidad.

### **1.3.2 Definiciones Incorporadas al Código de Comercio sobre el Arbitraje Internacional**

El multicitado título reformado del Código de Comercio consagra las siguientes definiciones:

**Acuerdo de Arbitraje:** Es el acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Pudiendo adoptar la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente.

El acuerdo deberá constar por escrito, y consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación.

**Concepto de Arbitraje:** Se designa a cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

Cabe expresar que desde el punto de vista doctrinario el arbitraje comercial puede ser definido como un procedimiento mediante el cual se tiende a resolver las diferencias surgidas entre comerciantes a través de una sumisión voluntaria de los

mismos al laudo que deben rendir un tercero o terceros que no tengan jurisdicción estatal o nacional.

Arbitraje Internacional: Es aquel en que las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes.

Lugar del Arbitraje. Es el lugar del cumplimiento de las obligaciones de las relaciones comerciales, o el lugar en el cual el objeto del litigio se desarrolla ante una instancia arbitral.

Tribunal Arbitral: Designa esta denominación al árbitro o árbitros designados para decidir una controversia. Para su composición, las partes pueden determinar libremente el número de árbitros, y estos son recursables, según el procedimiento que las propias partes establezcan.

Competencia del Tribunal Arbitral: Este estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

Entre otras facultades, podrán ordenar, a petición de una de las partes, la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto al objeto de litigio, así como exigir de cualquiera de ellos una garantía suficiente en relación con esas medidas.

Substanciación de las Actuaciones Arbitrales: Las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, así como para determinar el lugar del arbitraje y seleccionar el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones.

Procedimiento: El desahogo del procedimiento puede sintetizarse en los siguientes términos:

El actor deberá expresar los hechos en que se fundamente la demanda de los puntos controvertidos y las prestaciones que reclama. El demandado deberá referirse a todo lo planteado en la demanda, y lo que las partes aportaran, al formular sus alegatos, así como a todos los documentos que considere pertinentes y hará referencia a dichos documentos u otras pruebas que se vayan a presentar. Asimismo el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales, o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de documentos y de demás pruebas.

En cuanto al laudo, el ordenamiento en cita (Código de Comercio), dispone que el tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes, y si las partes lo autorizan, podrá decidir como amigable componedor o en conciencia. Pero en todo caso el tribunal citado decidirá con arreglo a las estipulaciones del acuerdo y tomando en cuenta los usos mercantiles aplicables al

caso. De igual manera el laudo se dictará por escrito y será firmado por los árbitros, ostentando la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje.

Asimismo los supuestos en que las actuaciones del tribunal arbitral terminan, son los siguientes.

1. Al dictarse el laudo definitivo.
2. Cuando el actor retire su demanda.
3. Al acordar las partes la terminación de las actuaciones.
4. Cuando el tribunal Arbitral compruebe que el desarrollo del proceso resulte imposible o innecesario (artículo 1416 a1449 del Código de Comercio).

Estos son los lineamientos fundamentales del procedimiento arbitral, los cuales han sido marcados por el Código de Comercio, si bien en realidad constituyen un procedimiento convencional, con la diferencia de que éste se lleva ante un árbitro y no un juez.

Por lo demás cabe señalarse que los comerciantes mexicanos han mostrado poca inclinación, ya sea por desconocimiento o ignorancia, de someter sus conflictos a resolución arbitral, como lo demuestra el pequeño número de asuntos sometidos a la comisión de arbitraje permanente de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México <sup>(9)</sup>

No obstante lo anterior, se aprecia que en tiempos relativamente recientes, leyes especiales, sobre todo de índole mercantil han acogido la institución de arbitraje, generalmente antecedida de la conciliación, como ha sucedido en la Ley General de Instituciones de Seguros y Fianzas, la nueva Ley sobre Arbitraje Médico, y años antes de esta, en la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la que se hará una referencia breve en virtud de que en el arbitraje que previene se contemplan conflictos en que confluye no sólo el aspecto de lucro que caracteriza a los actos de naturaleza mercantil, sino también un sentido de protección social para el consumidor.

La ley que se ha mencionado previene al respecto, que la Procuraduría de Defensa del Consumidor podrá actuar como árbitro cuando los interesados así lo designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previo. También previene las formas tradicionales de arbitrar: la amigable composición y el juicio arbitral de estricto derecho. En la primera se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe, sin sujeción a reglas legales, pero conservando las formalidades esenciales del procedimiento. En el segundo, las partes formularán un compromiso o acuerdo en el que fijarán las reglas del procedimiento que convencionalmente establezcan, aplicándose supletoriamente el Código de Comercio y a falta de disposición en dicho Código, el Ordenamiento Procesal Civil aplicable (pudiendo ser el Código de Procedimientos Civiles Federal).

El laudo deberá ser emitido por la Procuraduría o por el árbitro designado por las partes, pues independientemente de sus funciones de arbitraje, dicha dependencia llevará una lista de árbitros independientes, oficialmente reconocidos para actuar como tales, y quienes podrán actuar por designación de las partes o de la propia Procuraduría a petición del proveedor y del consumidor (artículo 117 al 122 de la Ley en cita).

El arbitraje que se regula en la Ley Federal del Consumidor y el arbitraje médico, permiten considerar que tal procedimiento tiene un carácter expansivo en todas las ramas de nuestro Derecho Interno, ya que tiende a establecerse ante conflictos de una índole muy variada, si bien como ya dijimos, generalmente precedido de la Institución Conciliatoria.

#### **1.4 El Arbitraje en Nuestra Legislación Laboral**

Es una Institución peculiar que nace al mismo tiempo que el Derecho del Trabajo, y que conlleva, un sentido proteccionista cuya herencia es histórica de quienes prestan sus servicios a los empresarios.

Como este Derecho es rama del genéricamente llamado "Derecho Social", le son atribuibles las notas que a este último le corresponden en la siguiente definición:

"El Derecho Social es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas y grupos vulnerables, con la finalidad de integrarlos

plenamente a la sociedad para lograr su convivencia dentro de un orden justo y equitativo con otras clases sociales dentro de un orden justo" (10).

Esa orientación proteccionista la comparte, en primer lugar el Derecho del Trabajo, el mismo que ha sido definido, brevemente como un Derecho coordinador y armonizador de los intereses del capital y del trabajo, o más descriptivamente como el conjunto de principios y normas que regulan, en su aspecto individual y colectivo, las relaciones de trabajadores y patrones entre sí, mediante la intervención del Estado.

Asimismo este arbitraje pertenece al Derecho Procesal del Trabajo, que en su totalidad atiende a las personas como bien fundamental y cuya pretensión es buscar el bien común y la dignificación de los derechos de los trabajadores, por lo que se le considera como parte importante del Derecho Social, el cual aparece como un tercer género insertado en la dicotomía tradicional entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Respecto a la materia laboral se ha de considerar que son las juntas de Conciliación y Arbitraje (federal y local) las encargadas de resolver los conflictos laborales, de suerte que es obligatoria su función arbitral, punto sobre el que algunos autores sostienen que el arbitraje forzoso impuesto por la ley no es propiamente arbitraje por tratarse de una delegación parcial de la función pública

en beneficio del arbitro. Pero, precisamente esta nota característica del arbitraje laboral, su imperatividad marca su distinción esencial con el del Derecho Privado.

Sobre tal diferenciación y sus fundamentos se vertió desde hace tiempo una histórica ejecutoria que, por su importancia y claridad, será transcrita en seguida:

"El arbitraje a que se refiere la Constitución, al designar a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, es enteramente distinto del arbitraje privado, establecido por las leyes para dirimir diferencias individuales entre personas privadas" (11)

Por lo tanto el arbitraje obrero es una institución oficial que tiene dos objetos, primero, prevenir los conflictos entre capital y trabajo, y segundo, presentar a las partes, bases para que estos conflictos puedan ser resueltos si se aceptan dichas bases, por lo que no tienen el carácter de árbitros privados, sino públicos, ya que no es la voluntad de las partes la que los organiza y establece, sino por disposición de la ley.

a) En realidad esta clase de arbitraje, por sus indicadas peculiaridades, sale del entorno dentro del cual ha de situarse el arbitraje dentro del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio, por lo que para enfocar el tema central del presente trabajo sólo hemos de hacer a continuación algunas precisiones respecto a la figura del arbitraje en general, siendo este imprescindible para un análisis más adecuado de nuestra investigación.

- b) El arbitraje de Derecho Privado, Civil o Mercantil tiene por objeto dirimir controversias entre sujetos o entes de esa naturaleza (particulares). El arbitraje de Derecho Público 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.
- c) El arbitraje de carácter interno se plantea dentro de un sistema jurídico único.
- d) El arbitraje Internacional surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior, en fin, cuando se gesta cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna.
- e) Específicamente, las materias de carácter comercial que son a las que se refiere y enfoca este trabajo son aquellas que se suscitan en el tráfico mercantil (actos de comercio) en tanto que las que corresponden al campo de los negocios civiles, son aquellas en las que no intervienen los comerciantes como sujetos activos (12)

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Margadant Guillermo F., "Derecho Romano", Ed. Esfinge, México 1992, pag 140-141
- (2) Piña de Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, pag 84.
- (3) Trueba Urbina Alberto, "Nuevo Derecho Procesal del Trabajo", Ed. Porrúa, México 1980, pag 191.
- (4) Escriviche Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Ed. Vanet, pag 205.
- (5) Paillares Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", México 1990, pag 369.
- (6) Bonancasse Julián, "La Filosofía del Código Napoleónico Aplicada al Derecho de Familia", Traducción José María Cajica, 1960, pag 33.
- (7) Silva Jorge Alberto, " El Arbitraje Comercial Internacional en México", Ed. Pérez Nieto, México 1994.
- (8) Artículo 1052 del Código de Comercio.
- (9) Zamora Pierce José, "Derecho Procesal Mercantil", De. Cárdenas, 1992, México, pag 32.
- (10) Mendieta y Nuñez Lucio, "El Derecho Social", México, 1980, De. Porrúa, pag 7.
- (11) Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 24 de Enero de 1982, Ministro Carlos Díaz Ordáz.
- (12) Siqueiros José Luis, "Diccionario Jurídico Mexicano", 1989, pag 180.

## CAPITULO SEGUNDO

# EL ARBITRAJE, UBICACIÓN Y CONTEXTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### 2.1 Noción del Derecho Internacional

En el siglo que ya casi termina, este Derecho ha venido ampliando notoriamente su ámbito y modos de aplicación, muy en especial a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial.

Las definiciones que sobre él se han vertido, pueden englobarse sobre todo en dos amplios géneros: las que se fundan en el concepto de sus destinatarios y las que ponen el énfasis en la materia.

a) Dentro de las primeras, son de mencionarse las siguientes:

Sepúlveda: "El Derecho Internacional Público puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí"<sup>(13)</sup>

Brierly: "La ley de las Naciones o Derecho Internacional puede definirse como el conjunto de normas y principios de acción que regulan las recíprocas relaciones de los Estados civilizados".<sup>(14)</sup>

Korovin. "El Derecho Internacional puede definirse como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en el proceso de sus conflictos y cooperación y cuya meta reside en la salvaguardia de una coexistencia pacífica" (15)

Núñez y Escalante: "El Derecho Internacional está formado por el conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados y de las organizaciones de los Estados entre sí" (16)

- b) En cuanto a las definiciones que atienden sobre todo a la materia poniendo un mayor énfasis en las relaciones entre los Estados, resultan aplicables las que han sido transcritas con anterioridad, más sin embargo existen otras más específicas sobre este punto de vista, como es la del Maestro Guggenheim, quien expresa que "El Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones internacionales" (17)

Todas estas concepciones ponen de relieve que el Derecho que nos ocupa comprende como elementos esenciales los Estados, los organismos internacionales y las relaciones entre unos y otros.

Sin embargo, ya otros autores han destacado que ese complejo jurídico tiene aún más elementos. Entre ellos figura Verdross, quien afirma que "el Derecho que se menciona no comprende únicamente normas cuyo objetivo sean las relaciones

entre los Estados y otras comunidades reconocidas como sujetos de ese orden jurídico, sino que también algunas de sus normas particulares regulan directamente la conducta de individuos, razón por lo que la comunidad de los Estados se ha convertido paulatinamente en una multitudinaria comunidad internacional" De ahí la muy amplia conceptualización de Alf Ross: "El Derecho Internacional Público abarca aquellas normas que regulan las relaciones de todas las comunidades jurídicas soberanas entre sí" (18).

En nuestro medio, Seara Vázquez ha expresado que tradicionalmente se habla de Estados, en lugar de sujetos internacionales, y que ello era explicable cuando los Estados eran los únicos sujetos actuantes, pero actualmente ya no es así, las organizaciones internacionales lo han ido desplazando, por lo que no se puede, entonces, hablar de Estados como los únicos sujetos de Derecho Internacional, sino que es más exacto hablar de sujetos internacionales

Coinciden los autores en que, para caracterizar con más certeza el concepto básico de Derecho Internacional Público, debe distinguírsele de algunas materias con las que tienen mayor afinidad como son las siguientes:

- a) La Política Internacional, a la que interesan las relaciones internacionales desde un enfoque básicamente práctico, sin tener referencia al "deber ser". Por tanto, tal materia resulta contrapuesta con el Derecho Internacional

Público, pues la esencia radica justamente en el "deber ser", toda vez que es una disciplina eminentemente jurídica.

- b) La Moral Internacional, que se diferencia del Derecho Internacional Público porque, al igual que todo Derecho en su esfera, garantiza únicamente un *minimum ético* dejando fuera de su ámbito al sector más amplio de la Moral
- c) La Economía Internacional, que es una materia que se interesa primariamente en el hecho económico y se sitúa en el estudio de las relaciones económicas internacionales. Se verá en su oportunidad su fuerte vínculo con el tema central de esta investigación.
- d) La Cortesía Internacional, que es un conjunto de usos o buenos modos que tienen efecto al verificarse las relaciones entre Naciones y Organismos Internacionales, y el cual se diferencia del Derecho Internacional Público porque carece de la obligatoriedad propia del Derecho.
- e) La Teoría de las Relaciones Internacionales, que es una disciplina relativamente reciente, que somete a análisis las relaciones entre grupos sociales autónomos, de índole diverso, con el objetivo de llegar a una comprensión correcta de las leyes y de las relaciones que rigen entre ellos

Deslindadas esas disciplinas del Derecho Internacional Público se puede concluir que éste es, en suma, el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados, con otros sujetos atípicos que conforman a la Comunidad Internacional. Y para complementar el concepto anterior, nada mejor que enunciar la acertada definición de Loretta Ortíz:

“El Derecho Internacional Público es aquella rama del Derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos mediante un conjunto de normas positivistas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional” (19)

## **2.2 Las Fuentes del Derecho Internacional con Especial Mención de los Tratados**

Siendo las fuentes del Derecho “la expresión que indica los procedimientos de creación de las normas del orden jurídico”, se observa que en Derecho *Internacional las fuentes se clasifican en reales y formales*, las primeras son las que dan origen a la norma y esencialmente se integran por las necesidades (muchas veces mutables) de los Estados, de regular sus relaciones, ya sea en materia política, económica, cultural, social, o cualquier otra que sea objeto de intercambio o cooperación internacional. Y son fuentes formales aquellos modos reconocidos de manifestación del Derecho como norma positiva, es decir, las que permiten a través de la estructura internacional actual dar nacimiento a la norma de la cual derivan los derechos y obligaciones de los Estados

Al igual que todo orden jurídico, el Derecho Internacional Público va a determinar sus propias "fuentes", de las cuales se generan las reglas que constituyen a la estructura de esta ciencia jurídica en particular. En la actualidad el problema de saber cuáles serían las fuentes que constituyen el Derecho Internacional Público, ha quedado resuelto, por lo menos en la práctica, por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (20)

En efecto, las fuentes que las Naciones Unidas reconocen, se encuentran enunciadas en dicho artículo, en los siguientes términos:

- 1.- La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
  - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
  - c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.

En ese orden, examinaremos tales fuentes, si bien dejando para última referencia la de las convenciones o tratados, dada la especial mención que requieren en orden al tema central de esta investigación.

### **2.2.1 La Costumbre Internacional**

Desde un punto de vista general, la costumbre es el comportamiento usual o habitual, es decir, una práctica establecida durante largo tiempo; así que bajo el enfoque del Derecho Internacional, es una práctica largamente establecida en las relaciones entre los Estados. Pero, la frecuencia de la conducta, el hecho de que ciertas acciones o abstinencias han sido realizadas repentinamente durante un cierto espacio de tiempo, es únicamente un elemento del hecho creador de normas jurídicas llamada costumbre. Se requiere otro elemento, que es el hecho de que los individuos cuya conducta constituyen la costumbre, deben estar convencidos que ellos cumplen, por su acción u omisión, una obligación o que ellas ejercen un derecho; así, deben estar persuadidos de que están aplicando una norma jurídica, pues sólo tienen que considerar su conducta como obligatoria o correcta. De esta suerte, si la conducta de los Estados no está acompañada por la opinión de que esa conducta es obligatoria o correcta, se establece lo que se llama "uso", pero no una costumbre, creadora de Derecho. Ello nos lleva a hacer

la distinción entre la legislación y la costumbre: la primera es una creación de normas jurídicas consciente y deliberada, pues los hombres que legislan saben que están creando normas jurídicas e intentan mediante esa actividad crear derecho; por lo contrario, la costumbre es una creación jurídica inconsciente y no intencional; los hombres no saben, necesariamente, al establecer una costumbre, que están creando con su conducta una norma jurídica, ni necesariamente un derecho, por consecuencia la norma jurídica es el efecto y no el propósito de su actividad.

Por lo demás, la legislación es la creación del derecho por un órgano especial instituido para este fin. Y, en cambio, la costumbre es la creación del derecho por los mismos individuos que están sometidos a las normas jurídicas originadas por su conducta. Se sigue de ello que la costumbre es una creación del derecho descentralizada, mientras que la legislación crea el derecho en forma centralizada. Cuando el derecho es creado por la legislación toma generalmente el nombre de ley

Ya es específicamente en el campo de las relaciones internacionales, que los autores reconocen que la costumbre tiene tres elementos básicos a saber:

- 1.- La práctica reiterada, que requiere que los Estados actúen en igual forma siempre que se encuentren ante los mismos hechos, o sea, que mientras por un lado no se necesita que sea continúa (ya que los hechos pueden o no

presentarse frecuentemente), si se requiere que sea uniforme cada vez que se presenten ante la misma situación.

2.- La generalidad, que indica que la práctica ha de ser aceptada por varios Estados, ya que la que es unilateral y aún bilateral, no puede crear una regla obligatoria para los demás.

3.- La consideración de ser obligatoria, lo que indica que la costumbre es la expresión de una práctica seguida por varios Estados en sus relaciones recíprocas, que se acepta con la convicción de que responde a una necesidad jurídica

Y si por vía consuetudinaria puede crearse una norma, también del mismo modo puede derogarse una norma preexistente ("costumbre derogatoria"). Pero para que la abolición se produzca, es necesario que los Estados dejen de realizar los actos por motivos jurídicos. Por ello es que, como afirma Verdross, una norma de D.I.P. no puede ser derogada por infracción reiterada y general de la misma sino se expresa una nueva concepción jurídica

La importancia de la costumbre es tanta en el Derecho Internacional, que se le ha considerado como la fuente más prolífica del mismo; y así lo afirma el distinguido autor Verdross: "La costumbre como método para crear el Derecho Internacional es, desde luego, superior a los tratados, por más que se encuentran dificultades

muy serias para su tratamiento. La creación del Derecho Consuetudinario juega un papel muy importante en el desarrollo del Derecho de gentes, por lo que la mayor parte de las reglas generales de este orden jurídico provienen de ella” (21)

### **2.2.2 Los Principios Generales del Derecho Reconocidos por las Naciones Civilizadas**

En su sentido amplio, éstos son “los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico o actual”

Son pues, criterios de razón que expresan un juicio acerca del comportamiento humano que debe seguirse ante situaciones determinadas.

Pero, los principios generales de derecho que se originan en los sistemas jurídicos internos, deben distinguirse de los principios del Derecho Internacional, ya que estos últimos en realidad no son más que aquellas normas que se derivan de la *costumbre o de los tratados*. En este punto Max Sorensen expresa que los tribunales internacionales con frecuencia buscarán ayuda en los principios que son “bien conocidos” o “generalmente reconocidos”, tal y como el de la independencia e igualdad de los Estados, ya que es evidente que dichos principios son, por su misma naturaleza, inherentes al Derecho Internacional, teniendo un origen consuetudinario, por lo que no deben confundirse con los

'principios generales de derecho". Estos, sin embargo están basados en costumbres tan universales y bien establecidas que el juez o árbitro que confía en ellos no cree necesario aducir precedentes para probarlos. "Dichos principios generales del Derecho, agrega textualmente el citado tratadista, debido a su generalidad y a su base firme en la costumbre, han llegado a ser considerados como fundamentales, en el sentido de que tienen mayor validez que otras reglas de Derecho Internacional y aun en el sentido de que son reglas que los Estados no pueden desconocer en modo alguno" (22)

Por su parte, Verdross manifiesta que en la historia del arbitraje internacional los Tribunales Arbitrales han fundado siempre sus sentencias no sólo en normas de Derecho convencional y consuetudinario, sino también en principios jurídicos que no habían sido recogidos en tratados ni tampoco expresados por costumbres; y que esos son precisamente los principios generales del Derecho Internacional.

### **2.2.3 La Jurisprudencia y la Doctrina**

Como se ha visto, estas fuentes están previstas en el artículo 38 que ya hemos referido, en los siguientes términos: "Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho".

Tales decisiones judiciales se conocen también como jurisprudencia internacional, y acerca de ella se ha expresado que las sentencias judiciales no obligan al juez,

y su utilidad esencial es que sirven como referencia al Derecho Internacional, fundamentalmente la costumbre y los principios generales de Derecho; pero se ha apreciado en el transcurso del tiempo que los tribunales internacionales observan una tendencia creciente en apoyarse en anteriores decisiones, como expresión verdadera del Derecho.

En cuanto a la doctrina, se integra por "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematización de sus preceptos, o con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación" (23). Puesta en práctica tal noción a nuestra materia, es claro que tales estudios son aplicables al Derecho Internacional.

Debe recalcarse que tales fuentes son únicamente auxiliares, por lo que una sentencia nunca podrá apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal.

#### **2.2.4 Los Tratados**

Según define Kelsen, un tratado o convención "es un acuerdo concertado normalmente por dos o más Estados o conforme al Derecho Internacional", a lo que agrega: "Si sólo dos Estados son las partes contratantes, se llama tratado

bilateral, y si es concluido por un mayor número de partes, debe denominarse tratado multilateral”.

Desde luego, el objeto de tales instrumentos es el señalamiento de las normas a las cuales deben sujetarse las partes signatorias en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, por lo que contienen la expresión de voluntad de los Estados firmantes encaminada al citado efecto.

Siendo, pues, un acuerdo de voluntades, su conformación es muy parecida al *contrato*; y *por ello es que deben concurrir*, en la celebración de las convenciones internacionales, los siguientes elementos:

- 1 - Capacidad de las partes, misma que deviene de la soberanía de los sujetos, que son los Estados y los Organismos Internacionales, si bien éstos presuponen la existencia de los mismos Estados.
- 2 - El consentimiento, elemento imprescindible para que el acuerdo entre los Estados llegue a existir. Pero, debe ser expresado por órganos competentes de cada uno de ellos, expresamente *determinados por las normas de Derecho Interno* de cada ente estatal.
- 3.- El objeto, que puede ser de índole político, económico, técnico, cultural, etc. Obviamente, el objeto debe ser lícito, tanto en las normas generales de

Derecho Internacional, como en las de Derecho Interno en cada Estado signatario

4.- La forma. que es la manera de expresión del instrumento, y que debe revestir *la manifestación escrita*, a efecto de que haya mayor posibilidad de exigencia de las obligaciones en él contraídas

En el ámbito de las convenciones se presentan con frecuencia dos Instituciones Jurídico - Internacionales de suma trascendencia, pues a través de las cuales los terceros Estados pueden firmar tratados en los que originariamente *no han sido* partes. Ellas son la *accesión* y la *adhesión*. La primera se produce cuando el tercer Estado solicita su incorporación al tratado, misma que sólo puede darse por el consentimiento de *todos y cada uno de los Estados signantes*. En cuanto a la *adhesión*, existe cuando los terceros Estados han cumplido con las estipulaciones del tratado, emitiendo una declaración solicitando su incorporación, misma que se admite sin mayores obstáculos.

La diferencia entre ambos procedimientos radica en que la *adhesión* es menos problemática que la *accesión*, y es propia de los llamados "convenios abiertos", que precisamente así se denominan por la fácil opción que dan a los terceros Estados para incorporarse.

Los convenios internacionales se encuentran regidos por tres principios esenciales, que son:

1.- El principio "pacta sunt servanda", que prescribe la obligatoriedad de los tratados y se enuncia expresando que los tratados se firman para cumplirse de buena fe. el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, define este principio en los términos siguientes: "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"  
(24)

2.- El principio "res inter alios acta", que consiste en que el tratado no puede obligar a los Estados que no han participado en él, ya que, por obvias razones, no son partes y por lo tanto no han podido dar su consentimiento.

3.- El principio "ex consensu advenit vinculum", que significa que el consentimiento es la base de la obligación jurídica, toda vez que, al estar integrada la comunidad internacional por Estados considerados como iguales, y, por ende, al no haber una entidad jurídica superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, es obvio que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual

La ya mencionada Convención sobre el Derecho de los Tratados define en su artículo 2 que "se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados que es regido por el Derecho Internacional, el cual consta de un instrumento único o de dos o más instrumentos conexos sea cual fuere su denominación particular". La propia Convención que ha sido acogida por México donde se destaca la preferencia de los Tratados sobre el Derecho Interno, al señalar en su artículo 27 que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"

Por razón lógica, hemos de tener presentes estos lineamientos generales sobre los tratados internacionales, cuando examinemos las posibles consecuencias jurídicas que puede tener el Tratado de Libre Comercio.

### **2.3 Las Controversias entre los Estados**

Los conflictos entre los Estados se clasifican en dos grandes géneros: las "disputas políticas internacionales", que no son susceptibles de arreglarse por medios legales, y las "disputas jurídicas", que pueden resolverse por procedimientos de arreglo también jurídicos.

La diferencia esencial entre ambas clases de controversias consiste en que las políticas versan sobre "intereses" de los Estados, mientras que las jurídicas se refieren a "derechos" esgrimidos por los mismos. De tal distinción se deriva la consecuencia de que si cualquier Estado considera que una controversia afecta

sus intereses, puede sustraerse, argumentando una dudosa aplicación de la soberanía (estimada desde el punto de vista tradicional), de la jurisdicción internacional. Pero, esta actitud de los Estados tiende a desaparecer conforme evoluciona el Derecho Internacional y como efecto de ello, la comunidad de Estados pretende contemplar únicamente la existencia de disputas jurídicas. Así, en el Derecho Internacional contemporáneo, las disputas políticas, que se basan en una pretensión estatal cuya problemática rebasa los límites jurídicos, sólo pueden resolverse por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, bajo la consideración de que toda diferencia entre Estados, aún la estimada como política, tiene, en esencia, una dimensión jurídica (25).

Es por ello, que los antes recurridos medios no pacíficos de solución de las controversias internacionales, se encuentran ahora superados por los medios pacíficos. De todas formas, es interesante conceptualizar; aunque sea muy brevemente, esas formas no pacíficas de solución de las diferencias internacionales:

- a) Retorsión.- Consiste en que a un acto lícito, pero como amistoso de un Estado, se contesta también con otro acto poco amistoso, pero asimismo lícito. Ejemplos: ruptura de relaciones diplomáticas, imposición ocasional de restricciones en visados de entrada, o retiro de un cónsul del otro Estado.

- b) Represalias.- Son medidas encaminadas a causar un daño o molestia, adoptadas por un Estado como respuesta a las de igual naturaleza propuestas en práctica por otro Estado en su perjuicio. Apunta Brierly que este método de presión fue usado con frecuencia por las potencias navales durante el siglo XIX (26)
- c) Legítima defensa.- Es la resistencia de un Estado que por la fuerza se opone a cualquier tipo de injerencia por parte de otro Estado. Así, el Derecho Internacional tradicional autoriza al Estado ofendido a rechazar en forma violenta una agresión antijurídica contra su territorio, sus buques, su aviación o sus fuerzas armadas. En el Derecho actual, las medidas tomadas por los Miembros de la ONU en ejercicio del Derecho de legítima defensa, tienen que ser comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, según previene la Carta de las propias Naciones Unidas.
- d) Autoprotección.- Según los principios de Derecho Internacional, todo Estado tiene la obligación de proteger a los Estados y los súbditos extranjeros contra cualquier agresión violenta, de suerte que si un Estado no quiere o no está en condiciones de asegurar la protección debida, entonces, y sólo de modo excepcional, el mismo Estado perjudicado puede intervenir y realizar lo que el

Estado territorial haya omitido hacer, disolver una banda armada que intenta invadir su territorio o ejercer los poderes de policía para proteger a sus nacionales. La diferencia radical en este método, con la legítima defensa, es que esta última representa la reacción contra actos ilegales o antijurídicos de un Estado, en tanto que la autoprotección es una reacción contra actos ilegales o antijurídicos de personas privadas

- e) La guerra.- Según Verdross, ha sido definida como "una lucha armada entre Estados, destinada a imponer la voluntad de uno de los bandos en conflicto, y cuyo desencadenamiento provoca la aplicación del estatuto internacional que forma el conjunto de leyes de guerra" (27). La carta de la ONU proclama la proscripción de este método y, en general, de todos los que emplean la violencia.

Se hará referencia en seguida al punto que interesa: la solución pacífica de las controversias internacionales, naturalmente con alusión detallada al arbitraje.

#### **2.4 Los Medios Pacíficos de Solución de Controversias con Especial Mención del Arbitraje**

La norma fundamental en materia de arreglo de las controversias internacionales se encuentra consignada en el párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones

Unidas:

“Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales”.

Este lineamiento se impone incluso a los Estados que no fueran Miembros de la ONU, como se aprecia en el párrafo 6 del propio artículo citado:

“La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan *de acuerdo con estos principios* en la medida que sea necesaria para mantener la paz y seguridad internacionales”.

Al tenor del artículo 33, párrafo 1, de la carta en cita, las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el *mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, tratarán de buscar una solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso ante organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Se establecen así medios de solución tanto diplomáticos como jurídicos, siendo los primeros los que en seguida mencionaremos:

### **2.4.1 La Negociación**

Conocida también como la "vía diplomática", este método ha sido, por su sencillez el de mayor antigüedad y el más recurrido en la práctica, operando ya sea sólo o bien paralelamente a cualquier otro medio de arreglo. Su procedimiento ha de ser determinado por las propias partes, de suerte que las negociaciones se puedan llevar a cabo en las conferencias a las que asistan representantes plenipotenciarios, o bien, mediante el intercambio de notas escritas; pero en todo caso, la negociación puede tener lugar sin previa imposición de condiciones, sin presión ni coerción alguna. Tampoco está sujeta al límite temporal, más siempre debiendo las partes buscar sinceramente una solución al conflicto

### **2.4.2 Los Buenos Oficios y la Mediación**

Estos métodos se encuentran estrechamente vinculados y se encuentran contemplados en el Tratado para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales, surgido en la conferencia de la Haya de 1899 y renovado en 1907. Siendo tanto los buenos oficios como la mediación, medios para facilitar el acuerdo entre las partes: los primeros, como su nombre lo indica, consisten en la participación de buena voluntad de uno o varios Estados, invitando a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo, siendo igualmente en un caso similar el de la mediación, aunque con la diferencia de que además de la invitación a las partes, a solucionar sus diferencias, le son propuestas soluciones específicas que las partes pueden aceptar o no.

### **2.4.3 Las Comisiones de Investigación**

Tuvieron su origen en el Tratado de La Haya, firmado en la Conferencia que acaba de mencionarse, cuyo significado principal es esclarecer los hechos que condujeron a la controversia

### **2.4.4 El Procedimiento Conciliatorio**

Este método designa la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un órgano sin autoridad política propia que, gozando de la confianza de las partes en litigio, está encargado de examinar todos los aspectos de litigio y de proponer una solución que sea obligatoria para las partes.

En cuanto a los medios jurídicos de solución de controversias, destacan el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, Órgano esencial de la ONU y el arbitraje, al cual mencionaremos a continuación.

### **2.4.5 El Arbitraje**

Se le define como una Institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales, y que se caracteriza por el hecho de que los Estados en conflicto someten sus diferencias a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas que actúan como particulares (comisión arbitral), y quienes son libremente designados por los Estados, debiendo resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden y consideren adecuadas para ser aplicables al fondo de una diferencia concreta".

Medios de Solución Jurídicos; el arbitraje, sus antecedentes y configuración actual: El arbitraje y el procedimiento judicial son dos métodos íntimamente ligados, pero distintos, ya que en realidad lo primero es una especie de ajuste judicial en virtud del cual el arbitro es un juez, aún cuando difiere del juez de un tribunal permanente de justicia, tanto por el hecho de ser escogido por las partes, como porque sus funciones judiciales terminan cuando ha resuelto el caso particular para el que fue llamado

Pero, la estructura y funcionamientos modernos del proceso arbitral se perfilan a partir del año 1794, con ocasión de la firma del tratado de Jay entre Inglaterra y los Estados Unidos, en el cual se concertaba un pacto de arbitraje.

Los Estados pueden someter sus conflictos al arbitraje, mediante cuatro formas, que son:

- a) Mediante tratados de arbitraje, es decir, los tratados signados especialmente con el objetivo de someter una serie determinada de controversias que puedan suscitarse en el futuro entre los Estados firmantes, al procedimiento de arbitraje.
- b) Mediante la cláusula compromisoria, es aquella que se inserta en un Tratado con la finalidad principal de que los Estados firmantes puedan recurrir al

proceso arbitral para dar solución a controversias que pudieran surgir en ocasión de la aplicación del propio tratado.

c) A través de los *compromisos de arbitraje*, es decir, los acuerdos entre los Estados que tienen una controversia presente, para que la misma sea resuelta por la vía arbitral. Generalmente estas asumen la forma de *tratados*, aunque de naturaleza específica, pues se refieren únicamente a la anotada finalidad. De ahí que en los mismos compromisos se designen los árbitros, se señale el procedimiento a que deben sujetarse y se determinen las normas conforme a las cuales debe formularse la solución arbitral.

d) Mediante la constitución de una Corte Permanente de Arbitraje, sistema que, *no requiriendo la celebración de acuerdos particulares entre los Estados*, demanda solamente la entrada de éstos en el sistema convencional creado en las Conferencias de la Haya.

Así, en el instrumento jurídico (*Acuerdo Arbitral*) por el cual los Estados deciden recurrir al arbitraje, se fija la competencia del árbitro o del tribunal arbitral, interpretando las disposiciones relativas a su competencia que no sean muy claras o que ofrezcan dudas en cuanto a su extensión; pero en la interpretación de su competencia, el árbitro debe atenerse estrictamente al compromiso y no podrá examinar ningún punto que allí no esté señalado, pues de lo contrario incurriría en exceso de poder y su laudo o sentencia podrían ser declarados nulos.

En cuanto al desarrollo del arbitraje contemporáneo, es importante señalar que se sistematiza notablemente en el Acta General para el Arreglo Pacífico de Disputas Internacionales, de 1928, pues le dedica todo un capítulo, habiendo sido reiterada el 28 de abril de 1949 por la Asamblea General de la ONU mediante el "Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de Disputas Internacionales", que entró en vigor el 20 de septiembre de 1950.

Con base en ella, en el pacto de arbitraje se pueden acordar las reglas o principios que el tribunal ha de aplicar, el procedimiento a seguir, la naturaleza y la oportunidad de las pruebas, el lugar donde funcionará el tribunal, el idioma que se utilizará, el tiempo para producir la sentencia, y el efecto de ésta. Asimismo, también puede estipularse si se aplicarán normas de estricto derecho, o si se ha de resolver conforme a los principios de equidad. Por lo demás, cada Estado se hará representar ante el tribunal por un agente y los abogados necesarios para asesorarle, y lo que generalmente sucede en cualquier procedimiento escrito (28)

Con base en estos precedentes lógico - jurídicos, hemos de analizar los sistemas de arbitraje que previene y en especial el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (13) Sepúlveda César, "Derecho Internacional Público", México, 1993, Ed. Porrúa, p.4.
- (14) Briery J.L., "La Ley de las Naciones", México, 1970, Editor Nacional, p.7.
- (15) Korovin Y A., "Derecho Internacional Público", México, 1990, Ed. Grijalbo, p.11.
- (16) Nuñez y Escalante Roberto, "Compendio de Derecho Internacional Público", México, 1985, Ed. Orión, p.9.
- (17) Sepúlveda, Idem, p.5.
- (18) Verdross Alfred, "Derecho Internacional Público", México, 1981, Ed. Porrúa, pag. 24.
- (19) Ortiz Ahlf Loretta, idem, p.6.
- (20) Méndez Silva Ricardo, Gómez Robledo Alonso, "Derecho Internacional Público", México, 1985, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.11.
- (21) Sepúlveda, idem., p.92.
- (22) Sorensen Max, "Manual de Derecho Internacional Público", México, 1990, Fondo de Cultura Económica, p.173.
- (23) García Maynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", México, 1995, Ed. Porrúa, p.126.
- (24) Méndez Silva, Idem, p.332.
- (25) Ortiz Alf Loretta, ob. cit., pp.176-177.
- (26) Rafael de Pina, ob. cit., p.333.
- (27) Vázquez Seara, ob.cit., p.243.
- (28) García Moreno Víctor Carlos, "Arbitraje Internacional", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, T.I, pp.181-182.

## **CAPITULO TERCERO**

### **CENTROS ADMINISTRADORES Y CONVENCIONES QUE REGULAN AL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO INTERNACIONAL**

#### **3.1 Introducción**

Para conocer la configuración del arbitraje comercial en el Derecho Internacional Privado, es indispensable acercarse a los Órganos o Centros Administradores de Arbitrajes que existen en dicho ámbito, los cuales se han constituido a instancias no de los Gobiernos de los Estados sino de las propias Cámaras de Comercio quienes por lo general organizan a los Tribunales recordando a los viejos gremios de mercaderes de la Edad Media, otorgando así una mayor eficacia al procedimiento arbitral y respondiendo de ese modo a las necesidades del Comercio Internacional.

Estos Centros se encuentran diseminados por todo el mundo, vinculados mediante acuerdos o convenios internacionales y tienen como principales funciones:

- Administrar Tribunales de Arbitraje
- Recabar y actualizar listas de árbitros
- Difundir la enseñanza de la actividad arbitral
- Expedir reglamentos de procedimientos

- Facilitar los medios para que el Tribunal Arbitral pueda desempeñar su actividad
- Resolver lo relativo a honorarios de los árbitros
- Administrar recursos económicos y establecer aranceles.

Considerando su importancia se analizarán los más importantes como son: la Asociación Americana de Arbitraje (A.A.A.), la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional del Comercio (C.A.I.), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C), y el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.). Asimismo se hará mención de la Ley Modelo de la UNCITRAL y su reglamento, tomando en cuenta su importancia para México al que sirvió como referencia respecto a la reforma al Título IV del Código de Comercio de 1993.

### **3.2 Órganos y Tribunales, con Especial Mención de la Corte de Arbitraje Internacional (C.A.I.)**

Es la Institución arbitral más importante en nuestros días, fue creada y fundada a instancias de la Cámara de Comercio Internacional en 1923 en París, Francia, donde actualmente tiene su sede.

Aproximadamente la Corte de Arbitraje Internacional antes llamada Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, administra arbitrajes en más de veinticuatro países, involucrando a partes de más de ochenta de ellos y árbitros

de cuarenta y cuatro naciones. Llevando a cabo todo tipo de arbitrajes en diferentes materias, como son principalmente en Derecho Civil, Mercantil, Consuetudinario, e Islámico y al mismo tiempo tramitándolos en diferentes idiomas como son: Inglés, francés, alemán, español, árabe y japonés (29)

Esta institución, dentro de su organización se compone de un presidente y siete vicepresidentes, cuyos miembros representan a más de siete mil compañías en todo el mundo, siendo la institución con mayor importancia en el desarrollo del arbitraje a nivel internacional. Por lo que es conveniente aclarar que nos referimos no a un tribunal, sino una institución encargada de supervisar y desarrollar al arbitraje, como la vía más adecuada para la solución de controversias, aplicando e instrumentando al mismo tiempo cada una de las Convenciones y Acuerdos que existan en la materia dentro del Derecho Convencional Internacional.

### **3.2.1 Fase Expositiva**

El procedimiento por el que una controversia determinada se somete al arbitraje de la Corte se inicia con el ingreso de la demanda por alguna de las partes, la cual es presentada a la Secretaría por mediación de su Comité Nacional o directamente según el artículo 3 de su Reglamento. Una vez presentada la demanda, la Secretaría notifica a la parte demandada, con copia de la demanda y de los documentos anexos para que conteste a la misma en un plazo no mayor de treinta días a partir de la notificación. La parte demandada deberá producir su contestación dando a conocer sus alegaciones de defensa y presentando la

documentación correspondiente, de igual manera podrá solicitar a la Secretaría un nuevo plazo que no será mayor de treinta días para dar a conocer su contestación. De igual manera formulará una demanda reconvenzional, según el artículo 5 del Reglamento, si lo considera prudente al momento que presente sus alegaciones de defensa. En cuanto la Secretaría reciba la contestación, formará un expediente, el cual entregará al árbitro en turno para instruir la causa por medio de un acta, en la cual se expresará su misión a partir de las últimas alegaciones de las partes.

Una vez redactada el acta, el árbitro procederá a instruir la causa en los más breves plazos, mediante un minucioso y exhaustivo examen de los escritos y documentos presentados por las partes, celebrando las audiencias respectivas a través de las cuales escuchará su posición, (pudiendo nombrar peritos y recibir sus informes, si lo estima conveniente, a efecto de conocer sus alegatos), informando a la Secretaría de ello, pudiendo al mismo tiempo las partes comparecer ya sea en persona o por su representante.

### **3.2.2 Fase Resolutiva**

Una vez finalizada la instrucción el árbitro en un plazo no mayor de seis meses dictará el laudo definitivo por el cual podrá poner fin a la controversia. Asimismo antes de dictar el laudo el árbitro deberá someter el proyecto a la aprobación de la Corte, pudiendo esta misma ordenar modificaciones respetando la decisión del

árbitro, por lo que una vez dictado el laudo la Secretaría lo notificará a las partes con carácter definitivo

Respecto a la elección de árbitros, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, según el artículo 2 de su Reglamento, no resuelve por sí misma las diferencias, sino que los nombra o confirma respetando su poder de decisión, debiendo las partes designar de común acuerdo sus árbitros, los cuales serán confirmados por la institución, en el caso de que las partes no hubieran llegado a ningún acuerdo en un plazo de treinta días, el árbitro será nombrado por la Corte. En la hipótesis de que se hayan previsto tres árbitros, cada una de las partes ya sea en la demanda o en la contestación, designará un árbitro independiente, y si una de las partes se abstiene, el nombramiento se hará por la Corte. Así mismo las controversias serán resueltas ya sea por un árbitro único, o por tres, según sea el caso (30).

- a) Lugar del Procedimiento: Según el artículo 12, la sede del arbitraje será aquella que la Corte fije, a menos que exista pacto en contrario por las partes, en la misma forma las partes podrán determinar libremente el derecho aplicable al fondo del litigio, y en caso de omisión, el árbitro de acuerdo a la norma de conflicto aplicará la ley que juzgue apropiada para el caso concreto.
- b) Idioma del Procedimiento: Según el artículo 15 del Reglamento el árbitro determinará la lengua por la cual se seguirá el procedimiento, tomando en

cuenta las circunstancias y el idioma del contrato, siendo por lo tanto las más comunes el inglés, francés y alemán, cabe mencionarse que desde 1988 es el Centro elegido por los franceses, ya que de trescientos cuatro casos existentes en 1992, doscientos veinte fueron promovidos por ciudadanos de dicha nacionalidad <sup>(31)</sup>

La fórmula para el funcionamiento de la Corte, que le ha dado fama y prestigio a nivel internacional, es el Secretariado que está compuesto por veinticinco miembros expertos en arbitraje que se encargan de formar un equipo de trabajo para cada caso y es este mismo equipo el que a través de un consejero de la Cámara de Comercio Internacional tiene la función de asesorar a la Corte, a los árbitros y a las partes.

### **3.3 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.)**

En 1923 la Quinta Conferencia Internacional de los Estados Americanos recomendó que las Cámaras de Comercio de los países participantes elaboraran convenios en los cuales se estableciera la figura del arbitraje como medio para solucionar las diferencias comerciales que surgieron entre sus miembros, posteriormente en 1933 en la Séptima Conferencia de Estados Americanos, en Montevideo, Uruguay, se adoptó la resolución XLI en la que se establecía un sistema interamericano de arbitraje, creándose así en 1934 la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Esta institución privada, a nivel regional mantiene y establece un sistema de conciliación y arbitraje entre los veintidós países americanos que conforman dicha región, a efecto de dar solución a las diferencias comerciales que pudieran surgir entre estos mismos, de igual manera conviene recordar que la C.I.A.C. tuvo su sede en Nueva York y permaneció hasta 1968 dependiendo de la *American Arbitration Association* con sede en Washington D.C.

Actualmente la institución cuenta con sucursales en todos los países latinoamericanos, además de recibir el apoyo y la adhesión de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) y del Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.).

Uno de los logros más importantes de esta Comisión ha sido sin duda que en el Tratado de Panamá de 1975 se haya acordado entre los Estados signantes recurrir directamente al reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial para la resolución de controversias, cuando las partes no hayan llegado a ningún acuerdo sobre el procedimiento arbitral a seguir.

Durante su existencia la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.) se ha planteado supervisar la administración del arbitraje comercial en Latinoamérica, con la finalidad de darle mayor agilidad, certeza y certidumbre a las relaciones sobre todo de índole comercial entre los países de América Latina, asesorando e impulsando a organizaciones nacionales arbitrales, en la divulgación del conocimiento y empleo de la figura del arbitraje. De igual manera

propone sedes, árbitros y tribunales, dando libertad a las partes para escoger libremente las reglas de procedimiento, y a falta de acuerdo, aplicando las reglas de procedimiento de la C.I.A.C. que no es más que el reglamento de la UNCITRAL, a excepción de sus pequeñas adaptaciones.

#### **3.4 Asociación Americana de Arbitraje (A.A.A.)**

Fundada en 1926 por los dos organismos arbitrales más importantes de Estados Unidos como fueron: *The Arbitration Society of America and The Arbitration Foundation*, con sede en Nueva York y más de treinta y tres sucursales en todos los Estados Unidos, es considerado uno de los centros de arbitrajes más importantes del mundo, ya que acuden a él la mayoría de los comerciantes que integran la economía del país más poderoso de la tierra, administrando cerca de 50,000 litigios por año, siendo en los Estados Unidos de América el Centro de arbitraje más importante, incluso superando a la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I), la Corte de Arbitraje Internacional (C.A.I.), o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.) (32)

Desarrolla sus servicios arbitrales bajo toda una gama de reglamentos, desde comerciales hasta textiles, pasando por patentes, y valuaciones inmobiliarias de construcción, no sólo aplicando sus propias reglas de arbitraje, sino también otras que le son recomendadas por las mismas partes, como las reglas de arbitraje para la industria de la construcción de la cual resuelve aproximadamente 5,000 litigios por año. Así mismo la Asociación Americana de Arbitraje se ha convertido en la

pedra angular del movimiento que en los Estados Unidos se ha bautizado con el nombre de "Resolución Alternativa de Disputas", incluyéndose en el mismo la mediación, la conciliación, y la negociación, instituyéndose todo un sistema, en el que el Arbitraje Comercial es sólo una parte de las funciones que desempeña dicha Asociación.

Dentro de su propia reglamentación la Asociación Americana de Arbitraje establece a los árbitros que no es necesaria la fundamentación del laudo, y que esta sólo se dará a petición de las partes. En 1981 promulgó un reglamento suplementario para regular el arbitraje internacional, y que es considerado, uno de los más económicos y veloces del mundo, que ofrece la ventaja de tener un mínimo de supervisión institucional, lo que otorga a todo su procedimiento una gran flexibilidad, pudiendo tener tantas variaciones, en tiempo como en actuaciones.

Además, las reglas ordinarias como las adicionales para resolver litigios internacionales (Supplementary Procedures for International Commercial Arbitration), permite que dentro como fuera de Estados Unidos la figura arbitral sea la idónea para la solución de controversias de aquellos que trafican bienes y servicios dentro del país, así como en el exterior.

### **3.5 Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.)**

Este centro tiene como objetivo la solución de controversias, exclusivamente en materia de inversiones mediante la conciliación y el arbitraje. Fue creado a instancia de la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrada en Washington D.C., en marzo de 1965, cuya sede se encuentra en el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo.

Esta compuesta por un consejo de administración formado por un representante de cada Estado signante y tiene a su vez como cabeza del consejo a un presidente. Además posee su propio reglamento y su propio listado de árbitros y conciliadores.

Su importancia radica en que dentro del TLCAN éste es el centro designado para la resolución de controversias en materia de inversiones, a pesar de que México no haya acogido la Convención que dio origen al nacimiento del C.I.A.D.I., es uno de los tres Estados signantes del tratado y por lo mismo aludido para tal efecto <sup>(33)</sup>. Sin embargo resulta oportuno considerar la posibilidad de que nuestro país sea en un futuro próximo miembro del CIADI, tal y como se analizará en el capítulo V, siendo esta una de las propuestas del trabajo de investigación de la presente tesis.

### **3.6 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (U.N.C.I.T.R.A.L.)**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a través de múltiples congresos y conferencias, se ha propuesto como objetivo hacer un esfuerzo para unificar el Derecho Mercantil, por lo que aprobó el 28 de abril de 1976, su reglamento de arbitraje, y el 21 de junio de 1985, su ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, todo esto con la finalidad de conferirle a la figura del arbitraje en el comercio internacional, un modelo a seguir de modo que cada Estado pudiera expedir su propia ley interna, a efecto de que el legislador de cada país tienda a buscar la homogeneidad en las diferentes legislaciones nacionales, con la meta de lograr una regulación uniforme de la figura del arbitraje en el comercio internacional por parte de todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, instaurando así procedimientos legales más eficaces que cubran las necesidades específicas del Arbitraje Comercial Internacional.

La aplicación del reglamento es de carácter facultativo, por lo que se encuentra a su vez dividido en cuatro secciones que corresponden a las etapas principales del mecanismo arbitral; disposiciones introductoras, *composición del tribunal*, procedimientos arbitrales y el laudo, siendo a través de estos apartados que se desarrolla la normativa procesal del arbitraje.

A través de una técnica indirecta de uniformidad la U.N.C.I.T.R.A.L. busca crear leyes con el objeto de lograr una unificación legislativa dentro del Arbitraje Comercial Internacional, entre los diferentes países, pretendiendo así que los diferentes Estados incorporen a sus respectivos ordenamientos este modelo de ley.

### **3.6.1 Características de la Ley Modelo**

De acuerdo a su artículo 1, *distingue entre arbitrajes nacionales y extranjeros*, permite que las partes acuerden las reglas sobre el procedimiento arbitral a seguir, además según su artículo 19, *este se llevará a cabo siempre y cuando sea compatible con la legislación interna*, y se respeten los elementos esenciales del procedimiento, dejando a las partes la elección del derecho aplicable, y a falta de acuerdo el tribunal elegirá el derecho aplicable del país donde se este llevando a cabo el procedimiento <sup>(34)</sup>

Regula un orden jurídico que permite no afectar los convenios o acuerdos bilaterales de los países que la adoptan, y al ser diseñada para regular al arbitraje internacional busca no crear conflictos en las disposiciones de cada legislación nacional, y de cada Estado en particular.

Permite la intervención judicial sólo para casos de nombramiento y recusación de árbitros, competencia, nulidad, reconocimiento del laudo y medidas cautelares. Además establece que el laudo debe ser por escrito a través de un convenio o

cláusula arbitral y reconoce sólo un tipo de recurso para impugnar un laudo según el artículo 34 de la propia Ley Modelo; la Nulidad.

### **3.6.2 Características del Reglamento**

El reglamento es de carácter contractual, tiene una vertiente universal, es decir regula todo tipo de arbitrajes privados, también es aplicable tanto a los arbitrajes *ad-hoc*, como aquellos que se desarrollan y emanan de una institución arbitral, tiene como se había mencionado anteriormente una aplicación de carácter facultativo, es decir únicamente se sujetan a él, las partes que hayan acordado por escrito someterse al mencionado procedimiento mediante un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, así mismo es de carácter internacional y por lo tanto busca regir la figura del arbitraje exclusivamente entre diferentes Estados, otra de las características importantes a destacar es que en el se ha ratificado pleno reconocimiento a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y de igual manera la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional, al darle plena validez al acuerdo arbitral .

De acuerdo al análisis planteado, reconocemos que tanto la ley modelo de la UNCITRAL como su reglamento no tienen otro objeto que el de una labor informadora del arbitraje, logrando incorporar sus normas a los ordenamientos jurídicos de distintos países, como México, que la ha adoptado casi en su

totalidad, a través de la reforma que se introdujo al Título IV del Código de Comercio en 1993.

### **3.7 Principales Convenciones como Fuente del Arbitraje Comercial Internacional**

El arbitraje de acuerdo a su regulación y evolución a través del tiempo, no puede ser entendido en el marco del *Derecho Internacional* sino a través de las Convenciones Internacionales que lo han moldeado y depurado a través de los años haciéndolo más eficaz, y congruente con los múltiples cambios que han tenido lugar en el Comercio Internacional a lo largo de la historia.

Es por eso que en este estudio y análisis es imprescindible una mayor comprensión sobre su contenido, ya que al margen de cualquier investigación, es imposible omitir la importancia que tiene en el Derecho Convencional Internacional en los últimos tiempos. Por lo que ha continuación se hará mención de las Convenciones mas importantes que ha lo largo del tiempo le han dado forma y vigencia al Arbitraje Internacional.

Conforme a lo anterior, podemos enlistar las que ha nuestro juicio consideramos como las mas importantes, como son:

- La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como Convención de Nueva York. (1958)

- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá (1975).
- La Convención Interamericana sobre Eficiencia Extraterritorial de las Sentencias y los Laudos Arbitrales Extranjeros, conocida como convención de Montevideo (1976).
- La Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1965).

De acuerdo a la clasificación mencionaremos en orden de importancia los efectos y relevancia que estos instrumentos internacionales tienen para el arbitraje en la actualidad.

### **3.7.1 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York (1958)**

De acuerdo a un proyecto propuesto por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), al Consejo Económico de las Naciones Unidas, el 10 de Junio de 1958 en la Ciudad de Nueva York se celebró la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, teniendo una gran importancia para nuestro país ya que México no hizo reserva alguna por lo que lo ahí convenido se extendió a países no firmantes de la propia Convención la cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Junio de 1971.

Dentro de su ámbito de aplicación la Convención de Nueva York regula las sentencias o laudos arbitrales extranjeros que son dictados en un territorio distinto de aquel en el que se pretende su reconocimiento y ejecución, y por lo tanto obliga a los Estados signantes a reconocer la autoridad de la sentencia o laudo arbitral concediendo posteriormente su ejecución, señalando al mismo tiempo a los Estados Parte el compromiso de reconocer el acuerdo arbitral, siempre y cuando la controversia pueda ser resuelta por medio del arbitraje.

La Convención define a la sentencia como un título al que debe darse pleno valor, estableciendo que esta es obligatoria para las partes destacando que sus disposiciones no afectan la validez de los acuerdos bilaterales o multilaterales que los Estados signantes hayan suscrito en la materia.

De igual manera se establece una distinción clara entre la cláusula compromisoria y el acuerdo arbitral, reconociendo además la existencia del arbitraje ad-hoc para causas determinadas y señalando los recursos existentes para obtener la nulidad de un laudo o sentencia arbitral, la que correrá a cargo de la parte afectada.

La importancia para nuestra investigación radica en que es el instrumento vigente que mayor proyección ha otorgado a la figura arbitral dentro del Derecho Internacional en los últimos cuarenta años, siendo aplicable en lo relativo al Capítulo XI del TLCAN, en la solución de controversias en materia de inversiones

cuando las partes en conflicto no sean parte del CIADI, tal y como se verá más adelante.

### **3.7.2 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convención de Panamá (1975)**

A instancias de una iniciativa en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), se llevó a cabo en la Ciudad de Panamá en 1975 la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional conocida como Convención de Panamá, por la cual México se adhirió en materia arbitral a los países del Continente Americano, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Abril de 1976.

La Convención establece los elementos de validez del acuerdo arbitral, así como las reglas para la designación y nombramiento de árbitros, autorizando a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) para nombrarlos cuando las partes no lo hicieran, proponiendo a su vez reglas de procedimiento arbitral, y disponiendo que el reglamento de procedimientos de la CIAC sea el aplicable a falta de acuerdo entre las partes, otorgando por tal motivo a la CIAC un papel fundamental en las relaciones con los países americanos, señalando así mismo que el laudo será definitivo y no impugnabile siendo que su reconocimiento y ejecución podrán exigirse a cualquier tribunal ordinario.

Es necesario mencionar que la Convención de Panamá tuvo una gran relevancia en el continente americano, ya que recogió muchas de las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York, y por lo tanto Estados que no eran signatarios de la Convención de Nueva York lo fueron indirectamente al adherirse a la Convención de Panamá.

### **3.7.3 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Convención de Montevideo (1976)**

La Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros signada en Montevideo, Uruguay el 8 de Mayo de 1979 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de Agosto de 1987. Sin embargo lo contenido sobre laudos arbitrales a pesar de haber sido aprobada y publicada por el Gobierno de México, no tiene validez, ya que México introdujo una reserva en la que se estableció que solo era admisible en lo relativo a sentencias y no a laudos de carácter patrimonial.

### **3.7.4 Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Convención de Washington (1965)**

La Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que dio origen al CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) en

Washington en 1965, significó la creación de un instrumento trascendental para los países signantes que tuvieron una visión a futuro respecto al carácter fundamental y decisivo que tendrían las inversiones dentro del proceso de globalización de fin del siglo XX.

Cabe señalarse que en la actualidad existen a consecuencia de la integración de los mercados regionales y la conformación de nuevos bloques y tratados comerciales la tendencia a encontrar mecanismos que resuelvan o mitiguen las fricciones entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, siendo el más importante en nuestros días el que se contempla dentro de la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales de otros Estados (CIADI).

Es importante considerar que el CIADI sirve de base, y de hecho se incorpora al TLCAN en el capítulo de inversiones según el artículo 1120 del propio tratado, ya que su mecanismo es único, a diferencia de la UNCITRAL, el cual establece la resolución de controversias específicas entre un gobierno y los inversionistas de otro Estado contratante. Al respecto es necesario destacar que todos los miembros del Banco Mundial pueden ser parte de dicho mecanismo.

Principales Acepciones dentro del Procedimiento de Conciliación y Arbitraje del CIADI:

En relación a la integración del consentimiento por las partes, este deberá ser manifestado por escrito con anterioridad o con posterioridad a la controversia, esto quiere decir que es necesario un Acuerdo Arbitral, el cual se substancie a través de su Derecho Interno o mediante un convenio bilateral o multilateral con el Estado de que es nacional el inversionista afectado.

Asimismo para el CIADI se debe entender por nacional de otro Estado a las personas físicas que tienen la nacionalidad de aquel, como a las personas jurídicas de otro Estado contratante que tenga la nacionalidad o se haya constituido de conformidad con las leyes de este mismo, o que teniendo la nacionalidad del Estado receptor estén controlados en su capital social por personal que ostente la nacionalidad del otro Estado contratante. En el mismo sentido cabe mencionarse que el Derecho Aplicable será el Derecho sustantivo del Estado receptor, sin embargo el Tribunal Arbitral podrá resolver de acuerdo a las normas acordadas por las partes según el artículo 1131.

Los capítulos III y IV nos hacen mención del Arbitraje en general, destacando dentro de su procedimiento que las partes podrán establecer el proceso de designación de árbitros, y en caso de desacuerdo, cada una de las partes designará uno y el tercero será designado por los dos anteriores y si aún subsisten desavenencias, el Presidente del Banco Mundial designará a los

árbitros que tendrán que ser de nacionalidad distinta a la de las partes. Asimismo se señala que el laudo definitivo que haya sido dictado por los árbitros será siempre por escrito, pero no será publicable a menos que las partes así lo acuerden.

Finalmente las diferencias que surjan entre los Estados acerca de la propia CIADI, serán resueltas mediante la Corte Internacional de Justicia a diferencia del TLCAN, que se remite al mecanismo de resolución de controversias del capítulo XX. acerca de la interpretación y aplicación del tratado, lo que incluye las disposiciones del capítulo XI en lo concerniente a inversiones.

Finalmente el CIADI, dispone expresamente que ningún Estado otorgará protección diplomática o respaldará reclamación alguna en relación con las controversias en las que haya consentido someterse.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (29) Graving Richard J., "The International Comercial Arbitration Institutions: The American University Journal of International Law and Policy", vol 4., No.2, Washington D.C., 1989, pag 330.
- (30) Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional.
- (31) Silva Jorge Alberto, *Idem*, pag. 105.
- (32) Redfern D. Alan, "Why Arbitrate Transnational Disputes? Should Institutional or Ad-Hoc Arbitration Be Priorreded, The Institute for Transnational Arbitration, E.U.A., 1990., pag.213
- (33) Silva Jorge Alberto, *Idem*, pag. 108.
- (34) Graving Richard, *Idem*, pag. 331.

## **CAPITULO CUARTO**

# **POLÍTICAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ**

### **4.1 Introducción a las Principales Acepciones de la Inversión Extranjera**

Para tratar el tema de la inversión extranjera es necesario conocer en primer término su concepto así como sus principales características, teniendo en cuenta su evolución a lo largo de la historia. Además consideramos oportuno profundizar en la importancia que la inversión extranjera supone en el mundo de hoy, en el que el proceso de globalización de la economía y de los distintos mercados internacionales marcan la pauta y el pulso de las transformaciones macroeconómicas y microeconómicas de los principales bloques comerciales.

### **4.2 Antecedentes de la Inversión Extranjera en el Ámbito Internacional**

Una vez detallada la metodología de la investigación, se tratará de definir a la inversión extranjera, tomando en consideración sus antecedentes a partir de la Revolución Industrial, ya que anteriormente a este suceso histórico para la humanidad, la producción se encontraba en situaciones muy precarias, existiendo vías de comunicación de difícil acceso por no decir inexistentes para trasladar productos o mercancías.

A partir de la Revolución Industrial con las nuevas técnicas de producción y el avance tecnológico, se crea un excedente de ingresos, que genera el interés de acceder a otros mercados y competir fuera de las propias fronteras. Con base a estos antecedentes se puede definir a la inversión extranjera como aquella aportación y transferencia de capital, derechos y tecnología, que se realiza a través de las fronteras nacionales, es decir, de Estado a Estado fungiendo como un instrumento de riqueza y desarrollo. Sin embargo, es importante aclarar que se necesita un clima propicio para la inversión mediante la existencia de factores como la seguridad jurídica y la paz social.

Asimismo podemos concluir que la inversión extranjera no sólo influye en los sectores de tipo económico, industrial y científico, teniendo como efectos una homogeneización de patrones de consumo en nuestras sociedades, sino también como un fenómeno social y cultural que transforma la vida de las Naciones.

Como mencionamos con anterioridad la inversión extranjera empezó a surgir con gran auge a partir del siglo pasado, y después de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual se dio una gran cantidad de inversión en las ramas de la investigación.

Asimismo, después de los difíciles años de la posguerra, los Estados que lograron un gran desarrollo económico como los Estados Unidos y los países Europeos, empezaron a encaminar sus expectativas hacia América Latina, ya que por el

poder que representaba la inversión, esta permitía lograr un manejo político y económico de los países con problemas graves de subdesarrollo, por lo que los gobiernos de los Estados más industrializados facilitaron en gran medida un nuevo Colonialismo.

Es únicamente a partir de los años setenta, que las naciones en vías de desarrollo tomaron conciencia de los efectos permisivos de la inversión que se realizaba en sus propios países. Lo que propició que países como Japón expidieran leyes proteccionistas con el objeto de salvaguardar su soberanía y productos estratégicos. Asimismo los países de América Latina como los que componían el Pacto Andino: Argentina, Chile, Colombia, Venezuela instituyeron restricciones comerciales similares.

Por estos años México presidía el grupo de los 77 por conducto de su mandatario Luis Echeverría, quien mediante una política populista, modificó la legislación relativa a la propiedad industrial, así como la Ley de Protección al Consumidor, adoptando una postura reguladora y restrictiva.

Una vez terminada la época de los 70's, surgió en nuestro país una etapa de transición y de apertura conocida como etapa de concertación, en la cual nuestra legislación ya no era impositiva y restrictiva, sino más bien de concertación para ser después una política conciliadora al final de los años 80's.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Cabe señalar que con el derrumbe del régimen socialista y el término de la guerra fría en 1989, los Estados adoptaron una tendencia y a la globalización y el libre mercado, lo que motivó la constitución de bloques comerciales como la Unión Europea, el Mercosur y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Como primeros efectos de estos cambios permaneció un mayor acceso a la inversión a raíz de la eliminación progresiva de muchas restricciones comerciales, terminándose así con el proteccionismo exacerbado del Estado, y por consecuencia introduciéndose un nuevo modelo económico, de apertura y liberalización, que llevó a nuestro país a superar una etapa de proteccionismo mediante la posterior suscripción en 1992 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

#### **4.3 Antecedentes de la Inversión Extranjera en México**

En nuestro país la inversión tuvo una especial relevancia a partir del Porfiriato (1876-1911), etapa en la que se configuró una paz social que permitió un incipiente desarrollo económico, ya que aunque predominaba la inquietud social, se logró que creciera la inversión extranjera y la inversión nacional (35)

Asimismo en esta época de nuestra historia (siglo XIX) se desarrolló una política inspirada en el Liberalismo Económico de la Revolución Industrial, que tuvo como principales características:

- Un saneamiento de las finanzas públicas.
- Surgimiento de empresarios nativos.
- Endeudamiento con el exterior.
- Realización de obras de infraestructura.
- La inversión extranjera fluyó propiciada por el Gobierno.
- La inversión extranjera participó principalmente en sectores como ferrocarriles, comercio, minas y petróleo.

Lo que se consiguió mediante una política que no reguló ni planificó las actividades de la industria extranjera, sino que la promovió activamente, en sectores como los ferrocarriles (que apoyados en la inversión de Gran Bretaña y Estados Unidos, pasaron de 640 km. de vías férreas en 1876 a 12,800 km. en 1898), sin embargo hay que destacar que durante estos años se extrajeron cuantiosas sumas de dinero en envío de utilidades y pago de intereses al exterior.

La Revolución Mexicana:

Durante esta etapa la política de inversión fue inexistente ya que el conflicto armado ahuyentó a los inversionistas extranjeros. Asimismo existió un fuerte nacionalismo que se incrementó a partir de 1917 con la expedición de una nueva Constitución Política, lo que se tradujo en la vuelta a una política proteccionista dirigida a la inversión proveniente del exterior.

México y la Situación de la Inversión Extranjera en 1930-1940:

Durante los años treinta en México se tomaron acciones en contra de la inversión extranjera mediante la expropiación de la Industria Petrolera, la nacionalización de los ferrocarriles, y la creación de la Confederación Nacional de Electricidad. En virtud de lo anterior en 1944 se expidió un decreto para regular las actividades con participación de capital foráneo con el objeto de desplazar a la inversión extranjera de sectores como la Industria Minera y la Manufacturera, por lo que empezó una etapa de crecimiento económico sustentada en un fuerte nacionalismo. Sin embargo en 1947 surgió una Comisión Intersecretarial, la cual establecía por primera vez el principio de que la inversión extranjera podía participar en sociedades ya establecidas, limitando la inversión en sectores específicos como el hule, y los servicios marítimos.

La política económica que impero durante estos años se tradujo en una estabilidad económica en la que México fungió como un proveedor de materias primas para la elaboración de material bélico hacia los Estados Unidos, debido en gran medida al conflicto de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo que el esquema económico tenía como políticas principales:

- Un Modelo Económico de Sustitución de Importaciones.
- Un mercado doméstico sobreprotegido, monopolístico y oligopólico antiexportador.

La Inversión Extranjera en los 70's:

En esta época México promovió su desarrollo a base del endeudamiento externo a raíz del auge petrolero. La presencia negociadora de México en los escenarios mundiales se veía incrementada, ya que se contaba con recursos petroleros, y ello le permitió en:

- 1970.- limitar al 49% la inversión extranjera en las actividades siguientes como: siderúrgica, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio.
- 1972.- limitar autopartes a un 40%
- 1973.- publicación de la Ley de Inversión Extranjera, la cual reagrupaba todas las disposiciones vigentes en la materia, formándose así el denominado Derecho Económico con leyes de Transferencia de Tecnología, Propiedad Industrial y Protección al Consumidor, estableciéndose en sus respectivos apartados las actividades reservadas al Estado, y las reservadas a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, proponiendo como criterios los siguientes:
  - a) Permitiendo hasta en un 49% la participación del capital extranjero en actividades no reguladas.
  - b) Estableciendo porcentajes específicos en actividades reguladas como son la minería en un 34%, autopartes y la petroquímica secundaria en un 40%,

creando asimismo Órganos de Vigilancia y Supervisión como la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, con el objeto de resolver:

- Resoluciones generales
- Resoluciones especiales sobre proyectos particulares de Inversión.
- Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, quien inscribe y registra todas las actividades que realiza.

Principales Políticas en Materia de Inversión Extranjera en los 80's y 90's:

Durante estos años se establecieron como esquemas fundamentales de la política económica la desconcentración y desregulamiento de la actividad económica, una disminución considerable de la influencia del Estado en la economía, así como un saneamiento de las finanzas gubernamentales y por consecuencia un adelgazamiento de la Industria Paraestatal.

En estos años se produjeron cambios mediante una apertura de nuestra economía hacia el exterior, lo que convirtió a México en un país atractivo para la inversión extranjera como lo prueban las estadísticas a principios de los 90's, lo que llevó a México a suscribir el Tratado de Libre Comercio en 1992 y a una *incipiente prosperidad económica*.

## 4.4 Principales Políticas en Materia de Inversión en el México Contemporáneo

### 4.4.1 Liberalización del Comercio

Es importante señalar que la liberalización del mercado, a partir de 1983 dio como resultado una apertura global del mercado mexicano hacia la participación de productos extranjeros en el mismo, reduciéndose los requisitos y permisos previos para las importaciones, así como una reducción de aranceles a la importación de un gran número de productos.

Como una segunda etapa a partir de 1985, el gobierno intuyó que necesitaba competencia extranjera para mejorar la capacidad productiva y decidió ingresar en el GATT (que dio origen más tarde a la Organización Mundial del Comercio OMC, cuya formalización se llevo a cabo en 1986).

Mediante una Regulación más Ágil y Efectiva:

En áreas como la financiera, de seguros, petroquímica, producción, automotriz, minera y transferencia de tecnología, la desregulación y simplificación incluyó aspectos como una disminución de la organización administrativa con objeto de poner fin al bloqueo del libre flujo de mercancías, así como una disminución del grado de discrecionalidad en las facultades de las autoridades en la creación de legislaciones que den una mayor certeza jurídica a la actividad comercial.

#### **4.4.2 Nuevas Reglas en el Tratamiento de la Inversión Extranjera**

En mayo de 1989 el Ejecutivo expidió el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que trajo como resultado que el 73% de las actividades económicas se abrieran al 100% a la inversión extranjera <sup>(36)</sup>

#### **4.4.3 El Fenómeno de la Privatización**

Anteriormente a las privatizaciones el gobierno de México tenía la filosofía de participar en diversos sectores económicos con la finalidad de rescatar a las empresas insolventes, así como mantener fuentes de empleo, y la provisión de artículos esenciales. Sin embargo, esta política fue un fracaso, por lo que en 1985 comenzó un proyecto de retroceso en sus políticas que lo llevaron a finales de 1991 a tener acceso sólo a 250 compañías de las 11,115 que existían en 1982.

Es necesario acotar que la apertura que ha existido durante los últimos años, ha seguido reproduciéndose con la actual Administración del Presidente Zedillo, y basta como prueba el fin del monopolio de Teléfonos de México (Telmex) con la entrada de diferentes compañías de telefonía del exterior, así como la introducción y participación en el sector bancario de distintas Instituciones de crédito extranjeras.

## **Marco Jurídico de la Inversión Extranjera en México:**

El 27 de diciembre de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una nueva Ley de Inversiones Extranjeras con el propósito de definir un nuevo marco normativo que en apego a nuestra Constitución Política promoviera la competitividad del país, brindando certidumbre jurídica a la Inversión Extranjera en México proponiendo reglas claras para canalizar el capital internacional en actividades productivas.

Por lo tanto esta nueva ley representó una realidad diferente en nuestra economía a diferencia de la ley anterior de 1973, que establecía como objeto el promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera lo que era reflejo de una política totalmente proteccionista. Estas diferencias filosóficas en nuestro legislador tuvieron un cambio importante en las instituciones, así como en las atribuciones asignadas a las autoridades y competencia contenidas en las propias leyes.

### **4.5 Análisis de la Nueva Ley de Inversiones Extranjeras (1993)**

El artículo 1 de la ley, dice que es de aplicación general, y de orden público, lo que quiere decir que la materia de inversiones es federal; esto es de aplicación en todas las Entidades Federativas, además nos señala que su objeto es la determinación de reglas claras para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que contribuya al desarrollo nacional. Esto se considera importante debido a que refleja la actitud del modelo económico que estamos viviendo en la

actualidad, un modelo de apertura hacia el exterior basado en el liberalismo económico. De igual manera se señala que ésta a diferencia de la ley anterior de 1973 <sup>(37)</sup> busca canalizar la inversión hacia las áreas que no están debidamente cubiertas dentro de nuestra economía, así el espíritu del legislador cambió de una actitud reguladora a una promotora del desarrollo de la inversión.

#### **4.5.1 Concepto de Inversión Extranjera**

El artículo 2 nos menciona en su fracción II, la definición que otorga a la Inversión Extranjera, distinguiendo para efectos de esta ley:

- La participación de los inversionistas extranjeros en cualquier proporción en el capital social de las sociedades mexicanas.
- La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero.
- La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esa ley.

#### **4.5.2 Concepto de Inversionista Extranjero**

Definiendo en su artículo 2, fracción III, al inversionista extranjero como aquella persona física o moral de nacionalidad distinta de la mexicana y a todas aquellas entidades extranjeras sin personalidad jurídica.

Se puede observar que según el texto de la misma ley, cualquier persona física o moral extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de una compañía o empresa mexicana. Al respecto es preciso aclarar que para los

efectos de la ley, la nacionalidad de las empresas o sociedades, no atienden al capital, siendo mexicana o extranjera dependiendo del lugar y de las leyes conforme a las cuales se haya constituido, por lo tanto podrán existir como la ley lo manifiesta sociedades mexicanas con una mayoría o con una totalidad de participación extranjera en el capital social.

En el mismo sentido el inciso B del artículo segundo fracción II, señala aquellas sociedades en las que existe un capital mayoritariamente extranjero, y que se consideran sociedades extranjeras, independientemente de que se hayan constituido conforme a las leyes mexicanas y establezcan su domicilio en México, siendo que el capital suscrito pertenece a extranjeros por lo que el control corporativo de la empresa está en sus manos, siendo estos quienes deciden que hacer con los dividendos o con las utilidades de las empresas, por lo tanto la inversión que realizan se considerará como extranjera para los efectos de la nueva Ley de Inversiones Extranjeras.

El último supuesto de la ley nos habla de aquellas unidades económicas sin personalidad jurídica, a las que podemos entender como Asociaciones en Participación, las Sucesiones, Quiebras y algunas figuras afines.

El artículo 4 nos señala que la inversión podrá participar libremente en todas las actividades excepto aquellas en las que la Legislación Nacional (artículo 28 Constitucional) hace una excepción, considerando lo anterior se puede mencionar que sólo se entenderá como inversión extranjera la que es realizada por:

- Personas físicas extranjeras.
- Personas morales extranjeras.
- Sociedades Mexicanas en la que participe mayoritariamente la inversión extranjera.
- Unidades económicas sin personalidad jurídica.

#### **4.5.3 Actividades Reservadas al Estado (art. 5)**

En el universo de estas actividades, y con fundamento en la LIE (la Ley de Inversiones Extranjeras) y en la Constitución Política, existen actividades que estén reservadas al Estado de manera exclusiva, por considerarse estratégicas (artículo 28 Constitucional) como son las que a continuación se indican:

- Petróleo
- Electricidad
- Minerales radioactivos
- Petroquímicos básicos
- Generación de energía nuclear

- Comunicación vía satélite
- Telégrafos
- Radiotelegrafía
- Correos
- Emisión de billetes
- Acuñación de moneda
- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos
- Las demás que expresamente señalan las disposiciones legales aplicables.

#### **4.5.4 Actividades Reservadas a Mexicanos (art.6)**

La siguiente clasificación que enuncia la Ley de Inversiones Extranjeras se refiere a aquellas actividades en las que no participe capital extranjero y que son las contenidas en el artículo 6 de la LIE, que al efecto se encuentran reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros siendo las siguientes:

- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería.
- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo.
- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión distintos de televisión por cable.
- Uniones de Crédito.

- Instituciones de Banca de Desarrollo, en los términos de la ley en la materia.
- La prestación de servicios profesionales y técnicos que expresamente señalan las disposiciones aplicables.

La inversión extranjera no podrá participar directamente en las actividades y sociedades mencionadas en el artículo sexto, ni a través de fideicomisos, convenios, y otros mecanismos que les otorguen el control o participación alguna, salvo lo dispuesto en el artículo 5 a que hace mención la presente ley.

Sin embargo, en referencia al artículo anterior es necesario acotar como excepción, las disposiciones del artículo sexto transitorio que establece que las actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos serán liberalizadas mediante un calendario, el cual se fijó de acuerdo a lo negociado en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Artículo Sexto Transitorio: "Están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, las siguientes actividades: transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo, y carga entre puntos de la República Mexicana, así como el servicio de administración de centrales camioneras de pasajeros y servicios auxiliares".

"Sin embargo en las actividades que se han hecho mención, la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes":

- 1.- A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital de sociedades mexicanas.
- 2 - A partir del primero de enero del 2001, hasta el 51% del capital de sociedades mexicanas.
- 3.- A partir del primero de enero del año 2004, hasta el 100% del capital social de sociedades mexicanas sin necesidad de obtener resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

#### **4.5.5 Actividades con Porcentaje de Participación Minoritaria (art. 7)**

De igual manera el artículo séptimo hace referencia a las actividades económicas con porcentaje de inversión extranjera minoritaria, entendiéndose por esta, aquella que es inferior al 50% de participación.

Para tener una comprensión más exacta de la ley, se distinguirán las actividades en las que se requiere una resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) para que la inversión extranjera participe en más del 49%, lo que es aplicable también al TLCAN, y que nos permitirá reconocer dentro del panorama de la inversión las áreas o sectores que nuestro marco jurídico delimita, y que también se contemplan reservadas en el texto del Tratado.

#### **4.5.6 Actividades con Porcentaje de Participación Mayoritaria (art.8)**

En lo que se refiere a las actividades en las que los extranjeros podrán participar en más del 49% previa resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras estas serán las siguientes:

- Servicios portuarios en las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior, tales como remolque, amarre de cabos y lanchaje
- Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura.
- Administración de terminales aéreas.
- Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria y media superior.
- Servicios legales.
- Instituciones calificadoras de valores.
- Sociedades de información crediticia.
- Agentes de seguros.
- Telefonía celular.
- Construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados.
- Perforación de pozos petroleros y gas.

Respecto a las actividades no reguladas en la Ley de Inversiones Extranjeras se podrá participar en cualquier proporción en el capital de sociedades mexicanas,

adquirir en activos fijos, ingresar en nuevos campos de actividades económicas o fabricar nuevas líneas de productos, así como abrir y operar establecimientos, ampliar y localizar los ya existentes, salvo lo dispuesto en la ley.

#### **4.5.7 Adquisición de Inmuebles y Fideicomisos (art.10-14)**

Se hará mención de las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros que hayan celebrado el convenio a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional, las que podrán adquirir bienes inmuebles en el territorio nacional conforme a los siguientes lineamientos:

- Sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en la zona restringida, siempre que estos sean destinados a la realización de actividades no residenciales debiendo registrar dicha adquisición ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Las sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles que sean destinados a fines residenciales a través de fideicomisos. Asimismo se ha establecido que la duración máxima de los fideicomisos será de cincuenta años prorrogables.
- La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá autorizar a las instituciones de crédito para adquirir como fiduciarias bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, siempre que el objeto del fideicomiso sea permitir la

utilización y aprovechamiento de tales bienes a los fideicomisarios, sin que en ningún momento se constituyan derechos reales en favor de estos, dicha autorización según el artículo 11 será la siguiente:

1. Cuando se trate de sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros que pretendan adquirir derechos al uso y aprovechamiento sobre bienes inmuebles que sean destinados a fines residenciales.
2. Cuando personas físicas o morales extranjeras pretendan adquirir derechos al uso y aprovechamiento de bienes inmuebles para cualquier fin ubicados en la zona restringida, podrán hacerlo a través de un fideicomiso.

La Secretaría de Relaciones Exteriores, según el artículo 14, resolverá sobre los permisos para constituir fideicomisos, considerando en todo momento el beneficio económico y social que la realización de las operaciones implican para la Nación.

#### **4.5.8 Inversión Neutra (art.18)**

El capítulo quinto de la Ley de Inversiones Extranjeras se refiere a la inversión neutra, definiéndola como aquella que es realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados y que no determina el porcentaje de inversión extranjera en el capital de sociedades mexicanas, presentándose de las siguientes cuatro maneras:

- 1) Inversión neutra representada por instrumentos emitidos por instituciones fiduciarias, según el artículo 19 de la Ley de Inversiones Extranjeras . Esta inversión se realiza a través de los instrumentos que expiden dichas instituciones, y que son por lo tanto instrumentos de inversión, que únicamente otorgan derechos económicos o pecuniarios excluyendo o al menos restringiendo los derechos de voto (o corporativos) limitando el poder de decisión de sus titulares en las Asambleas de accionistas.
  
- 2) Inversión neutra representada por series especiales de títulos según el artículo 20 de la Ley de Inversiones Extranjeras, que incluyen títulos sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados, esta clase especial requiere autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), y en caso de ser necesario de la Comisión Nacional de Valores.
  
- 3) Inversión neutra en sociedades controladoras de Grupos Financieros, Instituciones de Banca Múltiple y Casas de Bolsa según el artículo 21 de la Ley de Inversiones Extranjeras. La inversión se lleva a cabo mediante adquisición de certificados de participación ordinaria emitidos por instituciones fiduciarias autorizadas para tal efecto, cuyo patrimonio será constituido por acciones representativas de la serie B del capital de sociedades controladoras de grupos financieros, de instituciones de banca múltiple o acciones representativas de la serie A del capital social de casas de bolsa.

- 4) Inversión neutra realizada por sociedades financieras internacionales para el desarrollo según el artículo 22 de la Ley de Inversiones Extranjeras. Para este tipo de inversión neutra se requiere la opinión favorable de la CNIE, siendo aquella que pretende realizarse en sociedades financieras internacionales para el desarrollo económico del país.

#### **4.5.9 Autoridades Competentes para Monitorear la Inversión Extranjera**

Dentro del título sexto, capítulo I, el artículo 23 de la propia ley hace alusión a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que está integrada por la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Minas e Industria Paraestatal, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y la Secretaría de Turismo, quienes pueden designar a un subsecretario, pudiendo participar aquellas dependencias que tengan competencia en los asuntos a tratar en actividades de naturaleza administrativa. Dentro de sus atribuciones principales se encuentran, según el artículo 26; dictar los lineamientos de política, diseñar mecanismos para promover la inversión extranjera en nuestro país, además de resolver sobre la participación de dicha inversión en actividades o adquisiciones con regulación específica, y ser órgano de consulta en materia de inversión para las entidades de la Administración Pública Federal, estableciendo disposiciones y mecanismos reglamentarios.

Es necesario añadir que las solicitudes a su consideración, deberán resolverse en un plazo no mayor de 45 días, operando la afirmativa ficta en caso de no resolver en el término estipulado.

Esta Comisión deberá sujetar sus criterios según el artículo 29 de la Ley de Inversiones Extranjeras de acuerdo a las consideraciones siguientes:

1. El impacto sobre el empleo.
2. Contribución Tecnológica.
3. El cumplimiento de los ordenamientos ecológicos.
4. Incrementar la competitividad de la planta productiva del país.

El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, según el artículo 32 tiene como objeto inscribir a:

- a) Las sociedades mexicanas con participación de inversión extranjera.
- b) Las personas físicas o morales extranjeras que realizan habitualmente actos de comercio en territorio nacional a través de sucursales.
- c) Aquellos fideicomisos de acciones o partes sociales de bienes inmuebles y de inversión neutra, por virtud de las cuales se derivan derechos en favor del inversionista extranjero.

#### **4.6 Introducción a las Políticas en Materia de Inversión de los Países Signatarios del Tratado de Libre Comercio**

Haciendo un lugar al análisis de la situación que guarda la inversión en los tres países signatarios del TLCAN, se podrá comprender conforme al Derecho Interno de cada Estado Parte, los criterios bajo los cuales se redacta el capítulo XI del TLCAN, siendo este el objeto de la presente investigación.

En el Tratado, es importante tomar en cuenta que las partes buscaron coordinar sus políticas en materia de inversión, evitando cualquier contradicción, respetando en todo momento las reglas que para tal efecto establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Desde el ámbito internacional es importante tomar en cuenta que la emisión de inversión extranjera en un 96.4% atiende a los países industrializados, correspondiendo solo al 3.6% a países en vías de desarrollo, por lo que el 86.6% de la inversión extranjera que fluye por el mundo ha sido solo captada por los países denominados como desarrollados, destinándose un 14.4% exclusivamente a países subdesarrollados, lo que nos habla de la falta de equidad que existe en este rubro dentro de la comunidad internacional.

Enfocando el estudio en los países signatarios del tratado, los Estados Unidos contribuyen en un 14.5% de la emisión mundial y reciben el 20.7%; Canadá contribuye con el 0.5% de la emisión mundial y recibe el 3.3% y por último México

sólo recibe el 1.4% que es casi el 10% de la inversión destinada a los países subdesarrollados. Por lo que antes de investigar las políticas en el sector de la inversión del tratado, es importante conocer las características particulares bajo las cuales se regula la inversión extranjera en cada país.

#### **4.7 Situación de la Inversión Extranjera en los Estados Unidos**

Prevalece en general el principio de Trato Nacional a excepción de ciertas restricciones en determinadas áreas. Siendo a partir de los 70's que se dio un fuerte impulso en la aceleración del proceso de internacionalización que llevó a los Estados Unidos, a establecer en el extranjero 233 billones de dólares a finales de la década de los 80's (38)

Así la inversión extranjera ha tenido un mayor auge, lo que ha convertido a los Estados Unidos, en uno de los países más atractivos para los inversionistas dentro de la economía internacional. Sin embargo, la inversión extranjera que los Estados Unidos recibieron supera por mucho a la realizada por sus propios inversionistas en el exterior.

Por lo que es importante mencionar a los Estados Unidos como uno de los mercados o el mercado más atractivo para la inversión, debido principalmente a las condiciones propicias que existen para ello como son: un ambiente político y económico estable que trae consigo una paz social, certidumbre y seguridad

jurídica, así como un sindicalismo compatible con el desarrollo económico empresarial.

#### **4.7.1 Principios que Regulan el Tratamiento a la Inversión en los Estados Unidos**

Desde el punto de vista jurídico, podemos destacar que existen políticas y principios que favorecen un clima idóneo para los inversionistas extranjeros como son:

1. **Trato no Discriminatorio:** Este principio se contempla dentro de las leyes y reglamentos que regulan a la inversión, favoreciendo a los inversionistas sin importar su lugar de procedencia u origen, subsistiendo la filosofía de reciprocidad en su aplicación.
2. **Seguridad Nacional:** El cual cataloga todas aquellas actividades o áreas estratégicas que representan actividades económicas vitales para los intereses del gobierno norteamericano, ya que de ellos depende su soberanía, siendo estas actividades: la transportación marítima, las comunicaciones públicas, así como la producción de energía.

#### **4.7.2 Restricciones a Nivel de Entidades Federativas y Excepciones a la Inversión Extranjera**

Considerando a los Estados Unidos bajo un sistema Federal, los 51 estados que conforman a la Unión Americana tienen dentro de su ámbito de competencia local la facultad de regular determinados sectores, (como a las aseguradoras, Instituciones de Crédito, sociedades tenedoras de inmuebles, y de tierras propiedad del Estado), así como de aplicar restricciones no sólo a extranjeros sino a sus propios nacionales procedentes de otros estados; o entidades federativas.

En relación a lo anterior el Acta de Inversión y Comercio que data de 1984, restringe la autorización a inversionistas extranjeros, en la operación de ciertos sectores, aprobando o en su caso denegando las autorizaciones respectivas bajo criterios de discrecionalidad. Autorizándola sólo en el caso de que exista reciprocidad para sus nacionales que realizan operaciones de inversión en el exterior.

#### **4.7.3 Autoridades para Monitorear la Inversión Extranjera**

En 1973 el Presidente Ford estableció el Comité de Inversión Extranjera con la finalidad de determinar la influencia que la inversión extranjera pudiera tener para los intereses de los Estados Unidos <sup>(39)</sup> Dentro de sus principales atribuciones impide que la inversión extranjera manipule las actividades económicas que puedan convertirse en un factor de desequilibrio en perjuicio de sus políticas nacionales.

Es preciso mencionar que este Comité no tiene facultades coercitivas pero si puede proponer la legislación que pueda ser aplicable a cada caso concreto, imponiendo sanciones administrativas, así como brindando servicios de consultoría y asesoría en caso de ser necesario.

En cuanto a las restricciones existentes se destacan ordenamientos legales como la Exxon Florio Act., así como la Jones Act. que establecen limitaciones a nivel federal en materias específicas como el transporte marítimo.

De las medidas importantes que en los últimos tiempos cambiaron en gran medida la política dirigida a la inversión, se destaca por parte de los Estados Unidos el Programa de Tratados Bilaterales Internacionales (Bilateral Investment Treaty Program) de 1983 por el que se celebraron más de 21 tratados de amistad, comercio y navegación con diversos países, mediante este programa los Estados Unidos se comprometieron a otorgar una mayor seguridad a los inversionistas extranjeros dentro de su territorio elevando a tratado las disposiciones de inversión con países como: Grecia, Japón, Etiopía, Corea, Alemania, Dinamarca, Irán, Irlanda, Israel, Italia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Francia, Pakistán, Nicaragua, China.

Asimismo una de las disposiciones legales más importantes es la Ley de Comercio y Aranceles vigente desde 1985 que determina el acceso a las

inversiones y a la tecnología de Estados Unidos de aquellos países que sean receptores de la inversión que hagan norteamericanos en sus Estados de origen.

Al respecto dicho adecuamiento considera a la inversión Extranjera en relación con las fuerzas del mercado, eliminando cualquier actitud intervencionista del Estado, de igual manera se refiere a los principios de trato nacional como de nación más favorecida que serán aplicables en el tratamiento a la inversión directa

#### **4.8 Situación de la Inversión Extranjera en el Canadá**

##### **4.8.1 Antecedentes**

La política que desarrolló el Canadá en materia de inversiones durante el pasado, fue una de las más restrictivas del continente, sin embargo a partir de 1974 ha existido una política de apertura e intercambio de flujos financieros que ha dado lugar a una actitud liberalizadora en la materia, proclive a una mejor relación en sus intercambios comerciales con el exterior.

##### **4.8.2 Marco Jurídico de la Inversión**

El control, regulación y registro que se lleva a cabo en el Canadá sobre sus inversiones es por medio del "Investment Canada" que se rige de acuerdo al Acta de Revisión a la Inversión Extranjera (Investment Canada Act) norma que regula la inversión en lo que concierne a la apertura de nuevos establecimientos o

sucursales extranjeras, así como la actividad de empresas canadienses con capital extranjero, y en la adquisición de empresas canadienses por inversionistas extranjeros (40)

Anteriormente en 1974 el acceso a la inversión extranjera estaba restringido a sectores muy específicos como; instituciones de crédito, aseguradoras, periodismo televisado, aerolíneas y fiduciarias. Siendo a partir de los últimos años que la política del Canadá ha variado significativamente al implantar un control más flexible, otorgando un trato preferencial no discriminatorio a la inversión extranjera, siempre y cuando existan compromisos de empleo, aporte tecnológico, y métodos de investigación que de alguna manera beneficien al desarrollo económico y social del país.

A pesar de las políticas violatorias al libre mercado que se registraron en años anteriores, ante los excesivos intervencionismos del Estado Canadiense, el Primer Ministro Brian Mulroney, buscando revertir esta tendencia expidió una ley para reformar el marco jurídico de la denominada Acta de Revisión a la Inversión Extranjera, proponiendo una agencia canadiense, que se limitaba a monitorear la inversión extranjera que excediera de cinco millones de dólares, continuando sin embargo su política proteccionista en determinados sectores, pero instaurando un régimen más flexible.

#### **4.9 Estructura y Contenido del Tratado de Libre Comercio de América del Norte**

Es menester recordar que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 24 del GATT, una zona de libre comercio por regla general siempre contendrá de manera inherente los principios de no discriminación, trato nacional y de nación más favorecida, tal y como lo estipula la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Sin embargo hay que tener en cuenta y conviene reflexionar que cada una de las materias y capítulos que componen al tratado, se regulan conforme a sus propias disposiciones, creando procedimientos administrativos conjuntos, y estableciendo un mecanismo propio en lo referente a la solución de controversias en áreas concretas, como las que integra el capítulo XI de inversión.

Con el TLC los tres países signatarios se comprometen a impulsar el crecimiento económico y el empleo, así como incrementar las oportunidades de inversión, con el objeto de conformar en principio el mercado más grande del mundo de aproximadamente 350 millones de consumidores, que esperan aumentar la competitividad a nivel internacional de sus empresas con la adhesión de nuevos países americanos, como es el caso de Chile, en el que ha sido denominado como el Tratado de las Américas.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (40) Díaz González Rubio Luis Miguel, "Globalización de las Inversiones Extranjeras", Ed, Themis, México 1990, pag 38.
- (41) Jauregi Rojas, Miguel, "New Area: The Regulation of Investment in Mexico", The University of New Mexico, School of Law, Albuquerque New Mexico, 1993, pag. 42.
- (42) Díaz González Rubio Luis Miguel, Idem, pag 38
- (43) Baley, Harvey E, Jr, "The U.S. Policy Toward in War Foreign Direct Investment", Washington D.C., 1992, ABA National Institute on the USA-Canadá Free Trade Agreement.
- (44) Baley, Harvey E, Jr, Idem.
- (45) Paul, Hustings, Janofssky & Walter, "Free Trade Agreement Investment Materials US-Canada", Washington D.C., 1988.

## CAPÍTULO QUINTO

### EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DE NORTE

#### 5.1 Disposiciones Generales y Concepto de Inversión

Dentro del capítulo XI del TLC, se prevén las medidas bajo las cuales se regularán el tratamiento, a las inversiones y a los inversionistas de los Estados Parte. El capítulo comprende los artículos 1101 al 1139, así como los anexos 1120.1, 1137.2, 1137.4, 1138.2, los cuales se encuentran denominados como I, II y IV.

El concepto de inversiones dentro del Tratado es muy amplio, ya que se pretende aplicar a todas las formas de propiedad y participación en las empresas <sup>(41)</sup>, queriendo con ello entablar una serie de políticas flexibles en la regulación de las inversiones, las cuales sean acordes con la filosofía liberalizadora y de apertura que inspira al libre mercado.

Sin embargo, existen ciertas restricciones en determinadas materias, como son las inversiones que se desarrollan en instituciones financieras, o las contenidas en el capítulo de comercio transfronterizo, siendo que estas se regulan conforme a las disposiciones de sus respectivos apartados.

La regulación y el tratamiento que se brinda a las inversiones e inversionistas de los Estados Parte del TLCAN, se encuentra sujeta a los principios de Trato Nacional, de Nación más Favorecida, así como el de No Establecimiento de Requisitos de Desempeño, y de Alta Dirección Empresarial y Consejo de Administración; por lo que trataremos de definir a cada uno de acuerdo a sus características singulares.

## **5.2 Principios Reguladores del Tratamiento a la Inversión**

### **5.2.1 Trato Nacional**

Es aquel que es otorgado por las entidades federativas o provincias y que no será menos favorable del más favorable otorgado en igualdad de circunstancias, por dicha provincia o entidad federativa a sus inversionistas y a sus inversiones (artículo 1102 del TLCAN). Lo que quiere decir que se prohíbe cualquier trato que sea discriminatorio entre la inversión nacional y la inversión extranjera, otorgando una mayor seguridad y certidumbre jurídica a los inversionistas e inversiones de los tres países signatarios del Tratado.

### **5.2.2 Trato de Nación más Favorecida**

Con la incorporación de este principio los Estados Parte del TLCAN deben otorgar a los inversionistas y a las inversiones un trato no menos favorable del que otorgan a las inversiones y a los inversionistas de terceros países.

De esta forma se pretende que reciban un trato que no sea discriminatorio. Por lo que es preciso recordar que el establecimiento de estas medidas no significa que los Estados Parte no puedan imponer ciertas restricciones o formalidades especiales, siempre y cuando dichos requisitos no impidan el ejercicio de alguno de los beneficios que se contienen dentro del capítulo XI <sup>(42)</sup>.

### **5.2.3 Alta Dirección Empresarial y Consejo de Administración**

Mediante este principio se pretende que los órganos de dirección en las sociedades o empresas de un Estado Parte con participación de capital extranjero de otros Estados podrán nombrar a los miembros del Consejo de Administración, sean de la nacionalidad que sean, así como en lo particular en los puestos de alta dirección, sin que exista discriminación o restricción alguna, por parte de los gobiernos de los países signantes del TLCAN.

### **5.2.4 Requisitos de Desempeño**

Por este principio los tres países no podrán sujetar el establecimiento, adquisición, expansión, dirección, conducción y operación de las inversiones de un Estado no Parte a requisitos tales como niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, etc.; por lo que ya no se pueden imponer más requisitos que los establecidos en el Tratado y en cada una de sus leyes o disposiciones internas en la materia, siempre y cuando no contradigan las propias disposiciones del TLCAN.

### **5.2.5 Transferencia de Utilidades**

Mediante este principio se pretende que a ninguno de los inversionistas ubicados en cualquiera de los tres países, se le vaya a impedir el distribuir sus ganancias o utilidades, existiendo una libertad de circulación de las inversiones, así como de los inversionistas de los tres países excepto en caso de:

- Quiebra de la empresa del inversionista.
- Suspensión de pagos que tenga algún litigio mediante el cual pudiera verse perjudicado (ya sea que tuviera algún adeudo con trabajadores o con el fisco).

Y en términos generales se permite la libertad de transferencia, excepto en casos como:

- Emisión y operación de valores
- Infracciones penales
- Garantías en el cumplimiento de procedimientos contenciosos

### **5.2.6 Expropiación**

Este principio señala las causas por las cuales se realizará cualquier expropiación por parte de cualquiera de los gobiernos de los Estados a las inversiones o inversionistas de los Estados Parte comprendidos dentro del presente capítulo. Destacando que las expropiaciones, nacionalizaciones o cualquier otra medida que pudiera afectarlas, únicamente se realizará por causa de utilidad pública, y mediante indemnización, sobre bases no discriminatorias y de acuerdo a las normas del Derecho Internacional. Por lo que la compensación o indemnización

correspondiente deberá ser previa, adecuada, justa y de acuerdo al valor del mercado. Asimismo la compensación deberá pagarse sin demora y de manera efectiva, por lo que una vez realizado el pago de la indemnización deberá permitirse su libre circulación.

### **5.3 Reservas y Principales Aceptaciones**

Es necesario mencionar que las disposiciones de Trato Nacional, de Trato más Favorable, Requisitos de Desempeño e Integración de los Órganos de Dirección, no son aplicables respecto a ciertos sectores.

En los anexos I y III se especifica que los principios de Trato Nacional no serán aplicables en el ámbito federal, señalando que dentro del ámbito estatal sólo serán aplicables durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del tratado. De igual manera en el anexo III, se establecen las reservas de los Estados partes en virtud de las cuales no se otorga el tratamiento nacional a ciertos sectores.

Respecto a lo anterior se establece que los principios de Trato Nacional, Trato de Nación más favorecida y Órganos de Dirección, no se aplican a los campos del sector gubernamental de los subsidios, sanciones, préstamos, garantías y seguridad otorgadas por los Estados <sup>(43)</sup>

En relación a México, se formularon reservas en ciertas áreas con la finalidad de que las disposiciones que se especificaran no fueran contrarias a nuestra

Constitución (artículo 28), siendo enumeradas en el anexo III y que están vinculadas a sectores como son el petróleo, los hidrocarburos, la petroquímica básica, la electricidad, la energía nuclear, el tratamiento de minerales, las comunicaciones vía satélite, los servicios de telégrafo, la radiotelegrafía, los servicios postales, los ferrocarriles, la emisión de billetes, la acuñación de monedas, el control y vigilancia de puertos marítimos y terrestres.

Asimismo se establecieron topes a la inversión desarrollada por Estados Unidos y Canadá, la cual será de 25 millones de dólares en los primeros tres años y aumentará cada tres a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado, hasta un máximo de 150 millones a partir del décimo año, con ajustes a los topes que se fijarán de acuerdo al índice inflacionario.

#### **5.4 Mecanismos de Solución de Controversias con Especial Mención del Arbitraje**

##### **5.4.1 Disposiciones Generales y Reglas de Procedimiento**

Este mecanismo asegura a los inversionistas de los Estados Parte un proceso justo y equitativo ante un tribunal imparcial de acuerdo al principio de Reciprocidad según lo expresado en el artículo 1115.

Los inversionistas de los Estados Parte podrán iniciar un procedimiento de arbitraje cuando las violaciones o controversias estén estrechamente relacionadas

con el capítulo de inversiones y siempre y cuando estas ocasionen una pérdida o daño a cualquiera de las partes.

Cabe señalar que el procedimiento de arbitraje según el artículo 1120 al que se someten las partes, podrá optar por diversas normas, como las comprendidas por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) cuando ambas partes sean miembros de la Convención de Washington de (1965), pudiendo optar por las reglas de arbitraje de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), siendo estas normas el derecho aplicable para cada una de ellas (44).

Así antes de cualquier procedimiento, el inversionista deberá aceptar las normas del subcapítulo "B" y renunciar a aplicar disposiciones relativas al Derecho Interno de cualquiera de las contrapartes, así como a la jurisdicción de cualquier tribunal ordinario o nacional (45)

#### **Notificación de Someter una Reclamación al Arbitraje:**

Las partes en litigio previamente al iniciar un procedimiento arbitral tratarán de resolver sus diferencias a través de las consultas y negociaciones según los artículos 1118 y 1119 , por lo que el inversionista afectado deberá notificar 90 días antes de presentar su demanda su intención de acudir al procedimiento arbitral

(46)

#### **5.4.2 Requisitos para Someter una Controversia al Arbitraje**

Cabe señalar que se buscará dar solución a cualquier controversia que se suscite entre las partes, mediante la Conciliación, la Consulta y la Negociación (Buenos Oficios) y que en caso de no llegar a una resolución concreta, se procederá a la vía del arbitraje.

Las partes una vez que se sometan al arbitraje, habrán de renunciar a la jurisdicción de sus propios tribunales ordinarios o nacionales, requisito indispensable tal y como lo señala el artículo 1121 fracción II del propio Tratado.

Una vez transcurridos los seis meses en que la parte agraviada notificó su intención de recurrir a esta vía, y de haber transcurrido los hechos motivos de la demanda, el inversionista afectado podrá optar por las normas del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre los Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) cuando ambas partes sean miembros de la Convención referida y se sometan a las reglas del mecanismo complementario del CIADI, como en el caso de los Estados Unidos, pudiendo también optar por las reglas del UNCITRAL, cuando ambas partes no pertenezcan al CIADI, como es el caso de México y Canadá.

#### **Acumulación de Procedimientos:**

El artículo 1126 establece que en un mismo Tribunal se puede asumir la jurisdicción sobre varios procedimientos arbitrales derivados de la misma medida

adoptada por el país anfitrión, eliminando así la posibilidad de laudos arbitrales contradictorios. Asimismo la constitución del Tribunal de Acumulación se llevará a cabo conforme a lo dispuesto por las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Como resultado de la competencia del Tribunal de Acumulación de Procedimientos, cuando resuelva sobre un asunto en particular, éste no podrá ventilarse ante otro Tribunal de arbitraje.

## **5.5 Definiciones del Capítulo XI**

### **5.5.1 Participación de las Partes**

Nos habla del derecho que tiene a ser notificada la parte contendiente, cuando se haya instaurado un procedimiento en su contra pudiendo recibir la información que considere importante en relación al proceso de arbitraje, bajo el criterio de confidencialidad. Si alguna de las partes reclama que la demanda en su contra no es procedente por caer dentro de sus reservas, se estará a la interpretación y resolución de la Comisión de Libre Comercio y por lo tanto al procedimiento del propio capítulo XX.

### **5.5.2 Lugar del Procedimiento Arbitral**

Para determinar la sede del procedimiento arbitral se estará a lo dispuesto por el artículo 1130, siguiendo las reglas que a su efecto disponga la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales

Extranjeras, buscando así desahogar el procedimiento dentro de los límites de sus respectivos sistemas jurídicos.

Al respecto resulta oportuno señalar que conforme a sus disposiciones se establece que el procedimiento se llevará a cabo en el territorio de una de las partes que a su vez pertenezca a la Convención de Nueva York, lo anterior con el propósito de evitar que el procedimiento arbitral se desahogue en jurisdicciones totalmente ajenas a la región de los países signantes del tratado.

### **5.5.3 Derecho Aplicable y la Necesidad del Estado Mexicano de Ratificar la Convención del CIADI**

Como se mencionó anteriormente según el artículo 1120, el procedimiento arbitral se desarrollará conforme a las reglas y mecanismos complementarios del CIADI, así como a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, dependiendo de que una de las partes sean o no miembros del CIADI, siendo en caso contrario aplicables las disposiciones que a su efecto contenga las reglas de arbitraje del UNCITRAL.

Sin embargo resulta oportuno considerar seriamente la posibilidad de que nuestro país sea miembro del CIADI por las múltiples ventajas que esto le ofrecería dentro del mismo procedimiento arbitral constituido en el TLCAN, ya que le permitiría escoger las reglas del procedimiento que considere adecuadas para cada caso en particular, así como otorgar una mayor seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, lo que atraería un mayor número de inversiones a nuestro país.

Al respecto es importante subrayar que la presente Convención del CIADI de 1965 dio origen al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, da una gran relevancia al texto del capítulo XI del Tratado en lo referente al procedimiento arbitral, así como en relación al nombramiento de los árbitros, y a la constitución de los paneles arbitrales. Sin embargo la Convención del CIADI no fue ratificada por el gobierno de México en razón de sus políticas proteccionistas en materia de inversiones de años atrás, tal y como se señaló en el capítulo IV del presente trabajo, considerándose en el pasado al inversionista extranjero con cierto recelo, como un peligro para la soberanía y la actividad económica nacional.

Al cambiar diametralmente las circunstancias y condiciones tanto internas como externas que rigen a nuestro país en un mundo que experimenta más el proceso de globalización, resulta necesario en esta materia, adoptar los instrumentos en el ámbito internacional indispensables para garantizar a México dentro del capítulo XI un procedimiento arbitral justo y equitativo capaz de brindar mejores alternativas y garantías a sus inversiones e inversionistas.

En el mismo sentido se destaca que el denominado Centro del CIADI es hasta el día de hoy la Institución mas importante para la solución de controversias en materia de inversiones, no solo por sus innovadoras reglas de procedimiento o por su grado de especialización en la materia, o la competencia de sus árbitros y conocimientos técnicos en el ramo, e influencia en el ámbito comercial, ya que

remiten sus reglas y acuerdos complementarios al TLCAN así como a bloques y tratados comerciales de todas las latitudes como el Merco Sur y la Unión Europea razón por la cual se deriva que México sea miembro del CIADI.

Al respecto resulta necesario señalar que antes de la reforma de 1993 al Código de Comercio, en México no se contemplaba conforme a su legislación mercantil la vía del arbitraje internacional por lo que sus disposiciones eran incompatibles con el borrador del Tratado del Libre Comercio de América del Norte el cual se encontraba durante 1992 en un proceso de negociación, siendo este uno de los motivos por los que nuestro país incorporó a su Derecho Interno la Ley Modelo de la UNCITRAL.

En relación a lo anterior se considera que la incorporación del arbitraje internacional en nuestra Legislación Internacional mediante la reforma de 1993 al título IV, del libro V del Código de Comercio, y la subscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte a 1992, supuso la necesidad de adoptar los instrumentos internacionales necesarios (Convención del CIADI) que permitan a nuestro país en materia arbitral responder a los requerimientos del comercio internacional y brindar mayores y mejores alternativas a los inversionistas mexicanos en los procesos de solución de controversias que especifican en el propio tratado frente a sus contrapartes estableciendo una claridad de condiciones.

#### **5.5.4 Designación del Tribunal Arbitral**

De acuerdo a lo estipulado en el propio capítulo XI del TLCAN las partes podrán nombrar en base al principio de la autonomía de la voluntad, el número de árbitros que integrará el Tribunal y en caso de discordia entre las partes, el Tribunal Arbitral se integrará por tres árbitros, de los cuales dos serán nombrados por cada una de las partes y el tercero por los árbitros anteriores, siendo el último quien fungirá como Presidente del Tribunal y deberá ser elegido entre una lista de 45. Asimismo el Presidente del Tribunal Arbitral no podrá ser nacional de la parte contra la que se interpuso el arbitraje o nacional del Estado del inversionista que inicie el procedimiento arbitral.

De igual manera se establece un plazo de 90 días para la integración del Tribunal Arbitral y conforme al acuerdo complementario del CIADI, el Secretario General los nombrará, sin embargo cuando el Tribunal haya estado conforme a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL se hará de conformidad con dichas reglas.

#### **5.5.5 Interpretación de Anexos y Reservas**

En el supuesto de que alguna de las partes alegue que una medida presuntamente violatoria cae dentro de alguna disposición de reserva o excepción, el Tribunal Arbitral podrá solicitar a la Comisión de Libre Comercio que exprese su interpretación, la cual deberá ser manifestada por escrito al Tribunal Arbitral en un plazo no mayor de 60 días.

### **5.5.6 Dictámenes de Expertos**

Según el artículo 1133, el Tribunal Arbitral podrá designar expertos o peritos que dictaminen por escrito cuestiones ambientales, de salud, seguridad, o de cualquier asunto que así lo requiera, y que se haya planteado dentro de la *litis*, y siempre a petición de uno de los contendientes (47)

### **5.5.7 Medidas Precautorias**

Con la finalidad de preservar los derechos de las partes, así como de garantizar la jurisdicción de los tribunales arbitrales, estos podrán ordenar las medidas provisionales que estimen pertinentes, ya sea para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del Tribunal Arbitral surta plenos efectos (artículo 1134)

### **5.5.8 El Laudo Arbitral, su Ejecución e Impugnación**

Siguiendo las disposiciones del Derecho Internacional y del propio Tratado, de acuerdo al artículo 1135, el Tribunal Arbitral sólo podrá conceder el pago de daños y perjuicios, siendo que el inversionista afectado sólo podrá reclamar el pago de los daños derivados de la pérdida o violación de las disposiciones del tratado ocasionado por una medida adoptada por cualquier Estado Parte, pudiendo de igual manera restituir en su caso la propiedad, o pagar la indemnización o la compensación correspondiente (48).

Además es preciso mencionar que el laudo definitivo es obligatorio únicamente para las partes y por lo tanto sólo podrá ser ejecutado si han transcurrido 120 días y no se ha solicitado su revisión o anulación, o bien si han concluido los procedimientos de revisión, en caso de haberse continuado según el reglamento del CIADI o UNCITRAL. Por lo tanto si transcurridos 3 meses ninguna de las partes inició dicho procedimiento, será desechada cualquier reconsideración.

## **5.6 Anexos y Reservas**

No se aplicarán los mecanismos de la sección B del Capítulo XI:

- A cualquier medida adoptada por una parte en base al artículo 2102 del rubro de Seguridad Nacional.
- A las decisiones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) por parte de México referentes a las revisiones en que serán comprendidas las empresas de un sector no restringido que deseen aumentar la participación de la inversión extranjera en más de un 49%.
- Por parte de Canadá las decisiones que resulten de la revisión de una inversión conforme a la Investment Act.

Esto con la finalidad de que el mecanismo de solución de controversias descrito en el anexo 1138.2 sea compatible con las políticas internas que en materia de inversión regulan a cada uno de los Estados Parte a efecto de que puedan obtener la autonomía que les permita monitorear la inversión extranjera. Lo que

también será aplicable al rubro de Seguridad Nacional para las excepciones en las materias en las que los Estados consideren que pueda verse afectada su soberanía.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (45) Vázquez Pando Fernando y Ortiz Alfth Loretta, "Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", Ed. Themis, México, 1994, pag. 97
- (46) Vázquez Pando y Ortiz Alfth, Idem, pag. 98.
- (47) Vázquez Pando Fernando Y Ortiz Alfth Loretta, Idem, pag. 103.
- (48) Capítulo XI del TLCAN, artículo 1120.
- (49) Capítulo XI del TLCAN, artículo 1121.
- (50) Capítulo XI del TLCAN, artículo 1118.
- (51) Siqueiros José Luis, "Mecanismo de Solución de Controversias", Universidad Iberoamericana, 1992, pag. 112., Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio.
- (52) Heftye Etienne Fernando, Capítulo XI del TLCAN, Tomo II, UNAM, 1992, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pag. 85.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA**- El Arbitraje Internacional cada vez tiene mayor peso e importancia dentro del Derecho Internacional, lo cual se ve reflejado aun con mayor claridad en el proceso de globalización que han sufrido los mercados internacionales durante los últimos quince años, no estando exento nuestro país, el cual se ha visto involucrado en Tratados Comerciales dentro de los cuales se destaca la figura arbitral como el mecanismo idóneo para la solución de controversias, siendo aplicable al caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte respecto a los capítulos XI y XX.

**SEGUNDA**- En la actualidad existe un florecimiento de la Institución Arbitral y de otros medios alternativos (como lo es la conciliación, mediación y buenos oficios) ante el desgaste, la incapacidad y limitaciones de los Tribunales Ordinarios o Nacionales para responder a las expectativas que se plantean en el Comercio Internacional, por lo que la figura del arbitraje se contempla en casi todos los Acuerdos o Tratados Comerciales Regionales de nuestro planeta.

**TERCERA**- El nuevo auge internacional del arbitraje ha propiciado modificaciones importantes dentro de nuestro Derecho Interno, por las cuales nuestro país se ha adherido a esta corriente que proveniente del Derecho Internacional (al incorporar casi en su totalidad la Ley modelo de la UNCITRAL en la reforma al Título IV del

Código de Comercio de 1989). Asimismo la expedición de nuevas leyes (como la reciente Ley de Arbitraje Médico y la Ley de Protección al Consumidor) han contemplado al arbitraje como una vía para la solución de controversias, por lo que cada vez, en mayor medida nuestro legislador se ha concientizado sobre la importancia de la Institución Arbitral.

**CUARTA-** En el Derecho Internacional Público y Privado el arbitraje ha cobrado una relevancia inusitada, aunque su mayor desarrollo se ha producido dentro del ámbito del Derecho Privado a raíz de la creación de innumerables Instituciones o Centros Administradores de Arbitrajes, los que en su mayor parte buscan brindar una mejor solución a las controversias que se presenten en el comercio internacional con una mejor asesoría técnica y conocimiento en la materia.

**QUINTA-** El desconocimiento de las Instituciones y Centros Administradores de Arbitrajes que operan en el ámbito internacional es una realidad sobre la que no existe una suficiente difusión en México, por lo que la mayoría de las empresas nacionales, carecen muchas veces de los medios para lograr la defensa de sus legítimos derechos e intereses, y obtener las ventajas que se ofrecen a través de los medios alternativos que actualmente se manejan y regulan en la actividad comercial en el exterior.

**SEXTA-** El crecimiento de la inversión durante los últimos años se ha caracterizado por ser de los principales promotores en el desarrollo de la industria

y en la expansión de la pequeña y mediana empresa, acrecentando la competitividad y el empleo siendo un factor decisivo en la obtención de un bienestar económico y social en nuestro país. Motivo por el que se ha llevado a cabo una profunda reforma al marco jurídico de la inversión con la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993 de la nueva Ley de Inversiones Extranjeras que a diferencia de la ley anterior de 1973, propone una política liberalizadora y de apertura que otorga a los inversionistas extranjeros una mayor seguridad jurídica y participación dentro de las actividades económicas en México.

**SEPTIMA.** La suscripción al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá llevó a México a integrarse plenamente en un lugar privilegiado del proceso de globalización de la economía mundial. Dentro del texto del Tratado, se resalta como uno de los capítulos más importantes, el relacionado con la inversión entre los tres países signantes, incluyéndose los principios bajo los cuales se regulará, así como los mecanismos para la solución de cualquier conflicto, destacándose en primer orden al arbitraje.

**OCTAVA.** La ratificación y aprobación de la Convención de Nueva York en 1958 y de Panamá en 1975, llevó a México a integrarse en el Derecho Convencional Internacional en la materia arbitral, ya que estos instrumentos suponen una estrecha vinculación respecto al TLCAN, por la constante remisión que se hace en sus propias disposiciones, en torno al proceso arbitral en materia de inversiones.

**NOVENA**- Se considera indispensable codificar todas las disposiciones dispersas que existen en materia de arbitraje comercial en nuestra legislación nacional a efecto de poder llevar a cabo una regulación más precisa y adecuada que permita conceptualizarla como una materia autónoma e independiente dentro de nuestro Derecho Interno y en estrecha relación con el Derecho Internacional.

**DECIMA**- Es necesario difundir una cultura arbitral en todos los ámbitos y principalmente entre los futuros abogados a quienes corresponderá la responsabilidad de interpretar los nuevos tiempos adecuándose a los cambios y transformaciones que se suscitan dentro del Derecho Procesal y muy especialmente dentro del ámbito internacional, obteniendo la capacidad que les permita responder a los retos que se plantean hoy en día dentro de la ciencia jurídica moderna. Por lo que se sugiere incorporar dentro de los programas de la Licenciatura en Derecho la materia arbitral como un área estratégica en el desarrollo de la vida profesional del abogado del siglo XXI.

**DECIMO PRIMERA**- El capítulo de inversión en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte significó un gran avance en la postura de México hacia la inversión extranjera, ya que fue este uno de los motivos que orillaron a reformar su marco jurídico obteniendo las herramientas necesarias para permitir a un inversionista extranjero introducir su capital dentro de las actividades productivas del país, lo que le permite a México otorgar una infinidad de perspectivas de

desarrollo a sus inversiones, convirtiéndose nuestro país después de otros países de Latinoamérica como Chile y Brasil en uno de los Estados más atractivos para el inversionista extranjero.

**DECIMO SEGUNDA-** México ha realizado importantes reformas a efecto de ser congruente con lo negociado en el TLCAN y su legislación nacional, dentro de estas reformas cabe destacar la publicación en el mes de Diciembre de 1993 de la nueva Ley de Inversiones Extranjeras, por la que se evita cualquier posible responsabilidad que se suscitará por violación al propio Tratado, incorporando disposiciones que permitan ofrecer un marco legal óptimo a las inversiones y a los inversionistas de los Estados signantes.

**DECIMO TERCERA-** En este sentido es importante señalar que la redacción y suscripción del Capítulo XI tuvo una trascendencia histórica para México, ya que por primera vez el Estado Mexicano con el afán de buscar una solución imparcial, aceptó dirimir controversias ante inversionistas extranjeros en Foros Internacionales abandonando la vieja postura de su política exterior en el sentido de que todas las controversias o disputas debieran de desahogarse ante sus Tribunales Nacionales.

Sin embargo es importante mencionar que a pesar de esta apertura liberalizadora dirigida a la inversión, México no ha ratificado la Convención sobre el Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

La tendencia actual de buscar una solución imparcial, que otorgue una mayor seguridad jurídica a las partes, en los conflictos internacionales, ha llevado a un proceso de desnacionalización del Derecho, por el cual con mayor frecuencia se prefiere dar solución a los conflictos en foros internacionales, a través de Centros u Órganos administradores de arbitrajes (como el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o la Corte de Arbitraje Internacional), en razón de que sus Tribunales o árbitros no actúan a nombre de un determinado Estado, dejando de lado prejuicios y tabúes en razón de nacionalidades, optando sólo por el juicio de determinados especialistas y técnicos en la materia.

**DECIMO CUARTA.**- Es importante destacar que la reforma introducida en 1993 al Título IV, y Libro V, del Código de Comercio fue un gran avance que permitió a nuestro país incorporar al Arbitraje Internacional dentro de su legislación nacional. Sin embargo la reforma resulta insuficiente mientras no se considere seriamente que nuestro país sea miembro del Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), considerando las ventajas que la adopción de un instrumento internacional como el de referencia, le otorgaría a sus nacionales dentro del procedimiento Arbitral constituido en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio, como es escoger las

reglas de procedimiento que considere adecuadas para cada caso en particular, así como otorgar una mayor seguridad jurídica a sus nacionales e inversionistas extranjeros.

## BIBLIOGRAFÍA

- Baley, Harvey E, Jr, "The U.S. Policy Toward in War Foreign Direct Investment", Washington D.C., ABA National Institute on the USA-Canadá Free Trade Agreement, 1992.
- Bonancasse Julián, "La Filosofía del Código Napoleónico Aplicada al Derecho de Familia", Traducción José María Cajica, 1960, p. 33.
- Brierly J.L., "La Ley de las Naciones", Editor Nacional, México, 1970, p.7.
- Briseño Sierra Humberto, "Estudios Sobre Arbitraje", Ed. Cárdenas, 1997.
- Díaz González Rubio Luis Miguel, "Globalización de las Inversiones Extranjeras", Ed, Themis, México, 1990, p. 38.
- Díaz González Luis Miguel, Garza Antonio, "Los Mecanismos para la Solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", Revista de Investigaciones Jurídicas, Ed. Escuela Libre de Derecho, 1997.
- Escriviche Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Ed. Vanet, p. 205.
- García Maynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa México, 1995, p.126.
- García Moreno Víctor Carlos, "Arbitraje Internacional", en Diccionario Jurídico Mexicano, T.I, pp.181-182.
- Graving Richard J., "The International Comercial Arbitration Institutions: The American University Journal of International Law and Policy", vol 4., No.2, Washington D.C., 1989, p. 330.
- Heftye Etienne Fernando, Capítulo XI del TLCAN, Tomo II, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 85.
- Jauregi Rojas, Miguel, "New Area: The Regulation of Investment in Mexico", The University of New Mexico, School of Law, Albuquerque New Mexico, 1993, p. 42.
- Korovin Y.A., "Derecho Internacional Público", Ed. Grijalbo, México, 1990, p.11.

- Margadant Guillermo F., "Derecho Romano", Ed. Esfinge, México, 1992, p.p.140-141.
- Méndez Silva Ricardo, Gómez Robledo Alonso, "Derecho Internacional Público", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, p.11.
- Mendieta y Nuñez Lucio, "El Derecho Social", Ed. Porrúa, México, 1980, p. 7.
- Nuñez y Escalante Roberto, "Compendio de Derecho Internacional Público", Ed. Orión, México, 1985, p.9.
- Paillares Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", México, 1990, p. 369.
- Paul, Hustings, Janofssky & Walter, "Free Trade Agreement Investment Materials US-Canada", Washington D.C., 1988.
- Piña de Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, p. 84.
- Redfern D Alan, "Why Arbitrate Transnational Disputes? Should Institutional or Ad-Hoc Arbitration Be Priorreded", The Institute for Transnational Arbitration, E.U.A., 1990., p. 213.
- Sepúlveda Cesar, "Derecho Internacional Público", Ed. Porrúa, México, 1993, p.4.
- Silva Jorge Alberto, "El Arbitraje Comercial Internacional en México", Ed. Pérez Nieto, México, 1994.
- Siqueiros José Luis, "Diccionario Jurídico Mexicano", 1989, p. 180.
- Siqueiros José Luis, "Estudios sobre Arbitraje", Ed. Cárdenas, 1993.
- Siqueiros José Luis, "Mecanismo de Solución de Controversias", Universidad Iberoamericana, Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio 1992, p. 112.
- Sorensen Max. "Manual de Derecho Internacional Público", Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p.173.
- Trueba Urbina Alberto, "Nuevo Derecho Procesal del Trabajo", Ed. Porrúa, México 1980, p. 191.
- Vázquez Pando Fernando y Ortiz Alfh Loretta, "Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", Ed. Themis, México, 1994, p. 97.
- Verdross Alfred, "Derecho Internacional Público", Ed. Porrúa, México, 1981, p.24.

Zamora Pierce José, "Derecho Procesal Mercantil", De. Cárdenas, 1992, México, p.32.

## **LEGISLACIÓN NACIONAL**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley sobre la Celebración de los Tratados.

Ley de Inversiones Extranjeras

Ley de Expropiación.

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

## **LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Reglamento Interior de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

American Arbitration Association International Arbitration Rules.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas.