Estudio comparativo de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los tratados de libre comercio suscritos por México

VíCTOR CARLOS GARCÍA MORENO¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Periodo de consultas para la resolución de diferencias; III. Reunión de la Comisión para la resolución de diferencias; IV. Establecimiento de paneles arbitrales; V. Establecimiento de reglas de procedimiento; VI. Comités de revisión científica; VII. Tipos de decisiones que emite el tribunal arbitral; VIII. Cumplimiento de la decisión final y consecuencias de su incumplimiento; IX. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En este breve ensayo nos proponemos a realizar un estudio comparativo de los diversos métodos de solución de controversia derivados de cinco instrumentos más recientes que el gobierno mexicano ha firmado y ratificado sobre libre comercio. Nos referimos, concretamente, a los siguientes:

1. Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile.²
2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre México, Estados Unidos y Canadá, firmado el 17 de diciembre de 1992 y que entró en vigor el 1º de enero de 1994.³

¹ Profesor de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, UNAM, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, La Haya, Holanda, y panelista del capítulo XIX (prácticas desleales) del TLC.
² Diario Oficial de la Federación del 16 de diciembre de 1991.
³ Diario Oficial de la Federación del 8 de diciembre de 1993.
3. Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela.⁴
4. Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica.⁵
5. Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia.⁶

Antes de iniciar el estudio de los mecanismos dispuestos en los diversos tratados para dirimir controversias debemos mencionar que en la mayoría de ellos se crean órganos superiores que, aunque bajo diversos nombres, sus objetivos son los mismos: supervisar la puesta en práctica de los mismos, velar por su cumplimiento, vigilar su desarrollo, fiscalizar la labor de comités y grupos de trabajo establecidos en dichos tratados y, principalmente, contribuir a la solución de controversias que pudieran surgir respecto a su interpretación o aplicación.

Así, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) este órgano recibe el nombre de “Comisión de Libre Comercio”, mientras que en el Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile y en los tratados de libre comercio con Costa Rica, Grupo de los Tres y Bolivia, se constituye una “Comisión Administradora”.

Para el logro de sus objetivos, estos órganos pueden establecer y delegar responsabilidades en comités, ya sean ad hoc o permanentes, en grupos de trabajo o de expertos, solicitar asesorías y adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, reuniéndose, para tal fin, por lo menos una vez al año en sesiones ordinarias.

En cuanto al establecimiento por parte de las comisiones de un secretariado integrado por secciones nacionales (cuya función principal es el proporcionar asistencia a la Comisión y brindar apoyo administrativo a los paneles y comités instituidos en los instrumentos internacionales) el Acuerdo de complementación económica entre México y Chile (ACE México-Chile), en su capítulo relativo a la “Administración del acuerdo”, dispone que cada país signatario debe designar un organismo nacional competente para que actúe como secretariado nacional de dicho acuerdo. Por lo que respecta a los tratados de libre comercio con Costa Rica, Bolivia y el NAFTA, estos indican, dentro de sus textos, artículos especiales que regulan la figura del secretariado y sus funciones.

Una disposición común a todos los tratados de libre comercio, con excepción del ACE México-Chile, es la relativa al ámbito de aplicación del capítulo sobre solución de controversias, mismo que se aplica respecto de la prevención o solución de diferendos relativos a la interpretación o aplicación del tratado o cuando se considere que una medida vigente o en proyecto no es acorde con las obligaciones derivadas del propio tratado, o bien que pudiese causar anulación o menoscabo al mismo (de conformidad con lo dispuesto en el anexo correspondiente de anulación y menoscabo). Sin embargo, y pese a lo señalado, el artículo 2004 del TLC de América del Norte contempla como excepción al ámbito de aplicación del capítulo

⁴ Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1995.
⁵ Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1995.
⁶ Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 1995.
de solución de controversias a aquellos asuntos comprendidos en el Capítulo XIX del mismo, “revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias”, así como aquellos que dispongan otra cosa en el propio tratado.

En cuanto a la solución de divergencias que surjan conforme al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, ahora Organización Mundial de Comercio: OMCh) tanto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte como el de Costa Rica son acordos al disponer que las controversias que emanan de los propios tratados y en el GATT, pueden resolverse en uno u otro foro, a elección de la reclamante. Previo al inicio de un procedimiento para dirimir diferencias ante el GATT y en donde se invoquen fundamentos equivalentes a los de los propios tratados, la Parte que así lo haga debe notificar a la otra Parte su intención; si esta última decide participar lo debe comunicar con el fin de convenir un foro único (este último supuesto no lo contempla el TLC México-Costa Rica). Se considera iniciado un procedimiento de solución de controversias, conforme al GATT, cuando una de las Partes solicita la integración de un panel de conformidad con el Artículo XXIII.2 del propio Acuerdo y solicita la investigación por parte de un comité especial.

Debe señalarse que en el caso del TLC de América del Norte contempla para las controversias que emanan del propio tratado o del GATT casos peculiares; así, cuando la Parte demandada alegue que su acción se sujeta a “tratados en materia ambiental y de conservación”, o a lo dispuesto por la sección B del capítulo VII “sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias”, o en relación con el capítulo IX, “medidas relativas a normalización” o cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme al tratado, la Parte reclamante sólo podrá recurrir, respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos.

Por otra parte, el Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia, a la vez de adoptarse de conformidad con el GATT, en los términos anteriormente señalados, adquiere el carácter de acuerdo de Alcance parcial de complementación económica, para los efectos del Tratado de Montevideo, de 1980 constitutivo de la ALADI y de la Resolución 2 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes contratantes de ese tratado.

---

1. El segundo párrafo del Artículo XXIII del GATT establece: “Si las Partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable... la cuestión podrá ser sometida a las Partes contratantes. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones a las Partes contratantes que, a su juicio, se hallen interesadas, o estarían acerca de la cuestión. Las Partes contratantes podrán, cuando lo juzguen necesario consultar a las Partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias Partes contratantes para que se suspenda, con respecto a una o más Partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el incumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estime justificada, habida cuenta de las circunstancias.”
El Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela (TLC G-3, juntamente con las disposiciones concernientes a la terminación de conflictos de acuerdo con el GATT, establece las reglas de competencia a seguir para la solución de diferencias conforme al Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, en el cual las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela en relación con lo dispuesto tanto en el tratado, como en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, serán sometidos a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena.

El Acuerdo de complementación económica, con Chile, al adoptarse en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) carece de cualquier disposición relativa a solución que de los diferendos se haga dentro del marco del GATT.

II. PERIODO DE CONSULTAS PARA LA RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Un aspecto de gran importancia con el cual propiamente se inicia el procedimiento para dirimir disputas, en el que coinciden, y que se contempla en todos los instrumentos comerciales internacionales suscritos por nuestro país, sin excepción, es el que se refiere al establecimiento de un período de consultas sobre el caso al que se trate de dar solución con el organismo competente de la otra Parte y respecto de cualquier medida adoptada o que se encuentre en proyecto, o bien, respecto de cualquier otro asunto que se considere pudiese afectar el funcionamiento mismo de los tratados. Sobre este particular, el TLCAN en su artículo 2003 es claro al establecer que las Partes deben procurar, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del tratado y, mediante la cooperación y consultas, intentarán alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de aquel asunto que afecte su funcionamiento. Una disposición similar contienen los tratados de libre comercio entre México y Costa Rica; Colombia y Venezuela; y Bolivia.

En esta materia encontramos una discrepancia en cuanto a la terminología empleada en el texto de los diversos tratados comerciales analizados, ya que mientras el TLC del Grupo de los Tres establece que al iniciar las consultas, la Parte que las requirió debe entregar la solicitud a los órganos nacionales de otras Partes; los instrumentos restantes, con salvedad del Acuerdo de complementación económica con Chile, disponen que la Parte solicitante hará la entrega de la solicitud a su sección nacional del Secretariado, así como a la otra Parte en la controversia.

En el mismo sentido, sólo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Grupo de los Tres contienen estipulaciones comunes por las que se legitima a la Tercera Parte que considere un interés esencial en el asunto a participar en el periodo de consultas, previa notificación al secretariado y a la contraparte.

A su vez, el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio México-Costa Rica establecen que en los asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos, las consultas deben iniciarse dentro de los quince días contados a partir de la fecha de entrega de la solicitud.
Igual disposición, relativa a la necesidad de realizar lo posible para alcanzar una solución satisfactoria, las Partes deben aportar información suficiente que permita un examen completo en la medida (adoptada o en proyecto) u otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del tratado, se encuentra en los tratados de Libre Comercio de América del Norte; Costa Rica; Venezuela y Colombia y Bolivia. Lo mismo sucede con las disposiciones relativas a que las Partes deben dar a la información confidencial o reservada que se intercambie en las consultas, el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado, y con aquellas que se refieren al intento de procurar que se evite llegar a cualquier solución que afecte los beneficios de cualesquiera de las Partes conforme al tratado.

III. REUNIÓN DE LA COMISIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Exceptuado el Acuerdo de complementación económica entre México y Chile (por ser omiso al respecto), los restantes instrumentos comerciales internacionales, celebrados por México, contemplan la posibilidad de que cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar, a través de un manuscrito, que se reúna la Comisión (llámese de libre comercio o administradora) si no se consigue resolver un asunto por vía de consultas.

Al respecto, el TLC G-3 y los tratados celebrados con Costa Rica, así como con Bolivia, determinan que el plazo para realizar dicha solicitud es de cuarenta y cinco días, una vez hecha la solicitud de consultas.

El NAFTA, por su parte, utiliza diversos términos dependiendo de los diferentes supuestos:

— concede un plazo de treinta días después de la entrega de la solicitud de consultas para realizar la petición para que se reúna la Comisión;
— cuarenta y cinco días posteriores de entregada la solicitud, cuando cualquiera de las Partes haya solicitado consultas subsecuentes o haya participado en las relativas al mismo asunto; y
— quince días después de entregada una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos.

El Tratado de Libre Comercio con Costa Rica, conjuntamente con los del Grupo de los Tres y el de Bolivia consignan que una Parte puede, además, solicitar por escrito que también se reúna la comisión cuando se hayan realizado consultas especiales; en tal sentido, en el primero de ellos se establece que dichas consultas deben realizarse de conformidad con los artículos 4-25 (solución de controversias en el sector agropecuario y medidas fitosanitarias y zoosanitarias) 5-25 (remisión al comité de reglas de origen) y 11-20 (consultas técnicas); por su parte, el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela contempla que las consultas se hayan realizado conforme a los artículos 5-30 y 14-18, ambos
referentes también a consultas técnicas. El TLC México-Bolivia prosigue, igualmente, con la tendencia de que las consultas se hayan realizado sobre cuestiones técnicas (párrafo 5 del artículo 4-21 y párrafo 4 del artículo 13-21).

En lo relativo a este tema, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, además de disponer, al igual que en los casos ya mencionados, también se puede solicitar que se reúna la comisión, cuando se hayan realizado consultas sobre “Procedimientos Aduaneros-Grupo de Trabajo y Subgrupo de Aduanas” (artículo 513); “Medidas sanitarias y fitosanitarias-Consultas técnicas” (artículo 723); y sobre “Medidas de normalización-Consultas técnicas” (artículo 914), también dispone que ello se podrá realizar cuando se hayan iniciado procedimientos de decisión del asunto controvertido conforme al GATT en materias relacionadas con tratados en materias ambientales y de conservación o relativas al sector agropecuario, así como con medidas sanitarias y fitosanitarias, y las relativas a normalización.

Con salvedad del ACE entre México y Chile, los demás tratados concordantemente determinan que en la solicitud que las Partes presenten para que la comisión se reúna, se debe mencionar la medida o asunto que sea motivo de la reclamación indicando las disposiciones que del tratado se consideren aplicables y debiéndose entregar, a su vez, la solicitud a las otras Partes y a su sección correspondiente. Salvo que se disponga otra cosa —se establece— la comisión debe reunirse dentro de los diez días que sigan a la entrega de dicha solicitud, avocándose, sin dilación, a la solución de la controversia, pudiendo, la Comisión, para tal efecto, convocar a asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que sean necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos para la disolución de diferencias, o, en su caso, formular las recomendaciones que considere pertinentes. En este contexto, el Acuerdo de complementación económica entre México y Chile determina que si en un plazo de quince días, desde que fue interpuesto el reclamo, no se logra solucionar el conflicto planteado, el organismo nacional competente que inició las consultas debe solicitar la intervención de la comisión administradora, la cual debe apreciar, en conciencia, los cargos correspondientes, pudiendo requerir, si así lo estima necesario, los informes técnicos del caso, a los fines de conseguir una solución recíprocamente satisfactoria, bien sea por la acción de la misma comisión, o con participación de un mediador elegido por ésta de entre los nombres de una lista de expertos que la comisión elabora para tales efectos. Este procedimiento no puede extenderse más allá de treinta días contados a partir de que se solicitó la intervención de la comisión.

Tanto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte como el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres contienen en el capítulo relativo a solución de controversias disposiciones similares por las cuales se facilita a la comisión a acumular dos o más procedimientos relativos a otros asuntos de los que conozca, cuando considere conveniente examinarlos conjuntamente.
IV. ESTABLECIMIENTO DE PANELES ARBITRALES

Pasando a una nueva etapa, dentro de estos importantes mecanismos de resolución de diferencias, a la cual podemos denominar “procedimientos ante los paneles”, encontramos que en los diferentes textos existe una notable disparidad en cuanto a las disposiciones que regulan la solicitud para el establecimiento de un panel arbitral. El ACE México-Chile regula en el inciso c) de su Artículo 33, que si aún después de la intervención de la comisión administradora, la controversia no pudiese solucionarse, ésta debe designar de inmediato a un grupo arbitral (panel) conformado por dos o más expertos de cada país signatario y por un quinto árbitro encargado de presidirlo.

El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, al referirse a la integración del panel arbitral, prescribe, en el artículo 2008, que una vez que se haya reunido la comisión (de libre comercio) después de entregada la solicitud y siempre que el asunto no se hubiere resuelto en un plazo de treinta días siguientes a la realización de dicha reunión, o en su defecto, cuando de ser el caso dentro del mismo término contado a partir del día siguiente a aquel en que la comisión se haya reunido para tratar un asunto y se hayan acumulado varios procedimientos, cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. El procedimiento a seguir, una vez hecha la solicitud para la integración del panel arbitral en el TLCAN, es el siguiente: primeramente, quien lo solicite debe entregar la petición a su sección del secretariado, debiendo hacerlo propio con las otras Partes, y con dicha entrega, la comisión establece el panel arbitral; asimismo, cuando una tercera Parte considere tener un interés esencial en el asunto tiene la facultad de participar como reclamante, siempre que lo notifique antes de que transcurran siete días de que una parte haya entregado la solicitud de establecimiento de panel. De ser el caso que dicha parte no se decidiere a intervenir como Parte reclamante, a partir de ese momento debe abstenerse de iniciar cualquier procedimiento para resolver divergencias conforme al tratado, e igualmente debe abstenerse de iniciar cualquier acción para dirimir disputas ante el GATT, invocando causales sustancialmente equivalentes a las que la referida Parte pudiera invocar de conformidad con el TLC entre México, Canadá y Estados Unidos, respecto del mismo asunto, en ausencia de un cambio significativo en las circunstancias económicas y comerciales.

Aún cuando el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela sigue, en términos generales, el mismo procedimiento para la integración del panel arbitral, difiere del Tratado de Libre Comercio del América del Norte en cuanto a plazos fijados para la solicitud de integración del multicitado panel. En este tratado (G-3) el término es de cuarenta y cinco días que sigan a la fecha de la reunión, o bien, el mismo plazo tratándose de acumulación de procedimientos.

Por su parte, los Tratados de Libre Comercio con Costa Rica y Bolivia sólo se limitan a establecer que únicamente en el supuesto de que no se hubiere resuelto el asunto dentro de los cuarenta y cinco días ulteriores a la reunión, cualquiera de las
Partes tendrá derecho a solicitar el establecimiento del tribunal arbitral, debiendo, la Parte solicitante, entregar la solicitud de referencia a las contrapartes, lo mismo que a su secretariado, hecho lo cual, la comisión establece el tribunal de arbitraje. También estos instrumentos hacen referencia a que, salvo pacto en contrario de las Partes, el tribunal será constituido y desempeñará sus funciones de conformidad con el capítulo referente a la solución de controversias de cada tratado.

Salvo el acuerdo de complementación económica México-Chile, los otros tratados de libre comercio, aunque con algunas divergencias, determinan, por lo que se refiere a la lista de árbitros o panelistas que se debe conformar, las cualidades que éstos deben reunir; que la comisión o las partes (según sea el tratado) integrarán una lista de hasta veinte penalistas; tal es el caso de los Tratados con Costa Rica y con Bolivia, o bien hasta de treinta posibles personas (TLCAN y TLC G-3) que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser árbitros. Los miembros de la lista —prescriben todos los instrumentos— son designados por consenso, por periodos de tres años y pueden ser reelectos.

Igualmente, y en forma acorde, los tratados de libre comercio analizados estipulan que los miembros de la lista de panelistas deben contar, con miras a conseguir una solución adecuada al conflicto, con conocimientos especializados o experiencia en derecho o comercio internacional, en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales, y en otros asuntos referentes al tratado, debiendo ser electos en función de su objetividad y confiabilidad, por ende, destaca con característica esencial la necesidad de que las partes sean independientes, satisfaciendo, al mismo tiempo, el código de conducta que establece la comisión.

Debe destacarse que en lo relativo a los requisitos para ser panelista el artículo 2010 del TLCAN, numeral 2, ordena que las personas que hubieren intervenido en una controversia con el carácter de asesor técnico o de experto, no pueden ser panelistas en ella.

En los casos del Tratado de Libre Comercio de América del norte y el TLC del Grupo de los Tres encontramos que en lo que respecta a la selección del panel arbitral, se manejan dos supuestos: el primero, para aquellas situaciones en que existan dos Partes contendientes, y, el segundo, cuando hay más de dos Partes en la disputa.

En el primer supuesto el panel se integra por cinco miembros, debiendo, las Partes, acordar la designación del presidente del tribunal dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud para su conformación. En caso de no existir acuerdo, una de ellas, la cual se elige por sorteo, designa como presidente, en un plazo de cinco días, a una persona que no sea ciudadano de la Parte que lo designa. El siguiente paso consiste, precisamente, en que dentro de los quince días de electo el presidente, cada parte seleccione a dos panelistas, ciudadanos de la contraparte, en donde si una de las partes no selecciona a sus panelistas en el plazo referido, estos serán seleccionados por sorteo de entre los miembros de la lista de la otra Parte contendiente.
En el segundo supuesto, es decir, cuando hay más de dos partes que contienden, el procedimiento abarca los siguientes puntos:

El panel se integra igualmente por cinco miembros, la designación del presidente del panel debe ser acordada dentro de un período de los quince días posteriores a la entrega de la solicitud y, en caso de no suceder así, la selección deberá realizarse en un período de diez días. Contrariamente a lo que sucede en las controversias con dos contendientes, la selección de los dos panelistas —en aquellas controversias de más de dos partes— se hará por la parte demandada, cada uno de los cuales será nacional de una de las partes reclamantes. Las partes demandantes, a su vez, seleccionan a dos panelistas nacionales de la Parte demandada.

Es obvio que por tratarse de instrumentos de carácter bilateral, los Tratados de Libre Comercio celebrados por México en Costa Rica y con Bolivia, únicamente comprenden el procedimiento para la selección del panel arbitral con dos Partes contendientes, el cual, por cierto, en muy similar al establecido en el resto de los tratados trilaterales de libre comercio.

Por otra parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica y el Tratado de Libre Comercio con Bolivia incluyen dos aspectos interesantes en cuanto a los paneles de arbitraje, a saber: la recusación que se puede hacer a un panelista y la distinción de aquel que haya violado el código de conducta.

Respecto del primero de ellos, en tales instrumentos se consigna que cualquier parte contendiente puede presentar una recusación dentro de los quince días a aquel en que se haga la propuesta, sin expresión de causa, contra cualquier individuo que sea propuesto como panelista y no figure en la lista de los mismos. Con relación a la destitución de un panelista, se asienta que cuando una de las partes considere que un panelista ha incurrido en una violación del código de conducta, las partes contendientes deben realizar consultas entre sí y, de acordarlo, destituirán a ese panelista y procederán a elegir a uno nuevo.

V. ESTABLECIMIENTO DE REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Un apartado común que se localiza en los últimos tratados en materia comercial suscritos por México es el referente al establecimiento de "reglas de procedimiento" por parte de la comisión, las cuales son aplicadas por los tribunales arbitrales. Estas reglas incluyen, entre otras, disposiciones respecto del código de conducta impuesto a los árbitros. Para la elaboración de dichas reglas, la comisión debe tener en consideración preceptos tales como que los procedimientos deben garantizar como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel, que las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones, tienen el carácter de confidenciales.
Hasta aquí, los cuatro últimos tratados son equiparables en su contenido en lo relativo a este tema, ya que el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, el Tratado con Costa Rica y su homólogo con Bolivia incluyen en sus preceptos sobre “reglas de procedimiento” otras disposiciones que el TLC G-3 no contempla; estas disposiciones consisten esencialmente en que el procedimiento ante el panel debe seguirse conforme a las reglas modelo de procedimiento y que, a menos que se acuerde otra cosa, se emitirá un “acta de misión” dentro de los veinte días que siguen a la entrega de la solicitud para establecer un panel, en donde se disponga, precisamente, que la misión del tribunal arbitral consiste en examinar a la luz de las disposiciones aplicables del tratado, el asunto sometido a la comisión y emitir las conclusiones, determinaciones o recomendaciones que procedan. En caso de que la Parte reclamante desee alegar que un asunto ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios, o bien cuando una parte contendiente pretenda que el panel formule conclusiones sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado para alguna de las partes, una medida que se juzgue incompatible con las obligaciones del tratado o haya causado anulación o menoscabo, el “acta de misión” lo debe indicar.

El Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, así como el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela contienen, en sus artículos 2013 y 19-13, respectivamente, disposiciones por las que una parte que no es contendiente, tiene derecho (previa entrega de notificación escrita, según sea el caso, a la sección del secretariado o a los órganos nacionales responsables de las partes contendientes), a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de sus contrapartes.

Con excepción del acuerdo en la materia con Chile y del Tratado con el Grupo de los Tres, los demás instrumentos coinciden en señalar, dentro de su articulado, que ya sea a instancia de una parte o de oficio, el tribunal arbitral puede recabar la información y la asesoría técnica de personas o grupos que estime pertinentes, y siempre que haya un acuerdo al respecto.

VI. COMITÉS DE REVISIÓN CIENTÍFICA

Como caso excepcional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte contiene, dentro del capítulo de solución de controversias, un artículo relativo a comités de revisión científica, por los cuales a instancia de una parte contendiente, el panel puede, por su propia iniciativa, solicitar un informe escrito a éstos, sobre cualesquiera cuestión de hecho relativa a aspectos que se relacionen con medio ambiente, salud, seguridad u otros asuntos científicos planteados por alguna de las

1 Véase artículo 2015 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica.
Partes contendientes. El comité es seleccionado por el panel de entre expertos independientes altamente calificados en materias científicas.

VII. TIPOS DE DECISIONES QUE EMITE EL TRIBUNAL ARBITRAL

Un tema fundamental dentro del procedimiento de solución de diferencias en los acuerdos comerciales y especialmente en el procedimiento arbitral, es el relativo a la decisión del asunto que se somete al arbitraje. Sobre este particular, la mayoría de los tratados de libre comercio (con excepción del Acuerdo de complementación económica con Chile) manejan dos tipos de decisiones a emitirse por el tribunal arbitral. La primera de ellas consiste en una decisión de carácter preliminar en la que el tribunal arbitral funda dicha decisión en los argumentos y comunicaciones presentados por las partes y en cualquier información o asesoría que haya recibido de las personas o grupos designados previamente para tal efecto. Salvo que las partes pacten otra cosa, el tribunal arbitral debe presentar a las partes, dentro de los noventa días que sigan al nombramiento del último árbitro, la decisión preliminar conteniendo básicamente los siguientes elementos: las conclusiones de hecho, incluyendo cualesquiera derivadas de las resoluciones solicitadas por una parte sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado para alguna parte una medida que se considere incompatible con las obligaciones del tratado o le cause anulación o menoscabo; la determinación sobre si precisamente la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del tratado (cualquiera que se trate); o si es, en última instancia, causa de anulación o menoscabo; debiendo, además, contener un anteproyecto de decisión.

Dentro de la decisión preliminar, los árbitros pueden formular votos particulares sobre cuestiones acerca de las cuales no exista decisión unánime. Si las partes lo estiman pertinente pueden hacer observaciones escritas al tribunal arbitral en relación con la decisión preliminar dentro de los catorce días siguientes a su presentación, pudiendo, en este caso, el tribunal arbitral, realizar cualquier diligencia que estime adecuada o reconsiderar su decisión preliminar.

Es importante señalar que el tribunal arbitral presenta a la comisión una decisión final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones respecto de las cuales no exista consenso, dentro de los treinta días a partir de la presentación de la decisión. Ni en la decisión preliminar ni en la final se puede revelar la identidad de los árbitros que hayan hecho la votación (ya sea de mayoría o de minoría).

La decisión final que emita el tribunal arbitral se publicará —en todos los casos— quince días después de su comunicación a la comisión.

El Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile, únicamente se limita a establecer que, sin perjuicio de que los árbitros decidan en conciencia la controversia sometida a su conocimiento, deberán tener en cuenta, principalmente, las normas contenidas en el propio acuerdo y las reglas y principios de los
convenios internacionales que fueren aplicables al hecho. En su caso, la resolución de los árbitros debe contener las medidas específicas que pueden aplicar el país perjudicado, ya sea por incumplimiento, interpretación errada, o por cualesquiera acción o omisión que menoscabe los derechos derivados de la ejecución del acuerdo. Los árbitros contarán con un plazo de treinta días para dictar su resolución, prorrogable por igual lapso, contados desde el día de su designación.

VIII. CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN FINAL Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Otros temas que se consideran en los instrumentos internacionales comerciales adoptados y que constituyen otra etapa en el procedimiento de resolución de diferencias, son aquellos que se refieren al cumplimiento de la decisión final y a las consecuencias derivadas del incumplimiento de la misma.

En primer término, el Acuerdo de Complementación Económica con Chile dispone que las medidas específicas comprendidas en la resolución arbitral que el país perjudicado puede aplicar por incumplimiento o por cualquier acción que menoscabe los derechos derivados del Acuerdo, podrán referirse a una suspensión de concesiones equivalentes a los perjuicios provocados, a un retiro total o parcial de concesiones, o a cualquier otra medida enmarcada en la aplicación de las disposiciones del acuerdo.

La resolución presentada por el Grupo arbitral del acuerdo no es —se afirma— susceptible de recurso alguno y su incumplimiento acarrea la suspensión del acuerdo en tanto no cesen las causas que lo motivaron. De persistir esta situación la Parte afectada puede invocar el incumplimiento como causal de denuncia del acuerdo.

Los temas relativos al cumplimiento de la decisión final y a la suspensión de beneficios en caso de incumplimiento de la misma, guardan simetría entre sí, estipulando, cada uno, que la decisión final del tribunal arbitral es obligatoria para las Partes, debiendo éstas cumplir con la decisión en los términos y dentro de los plazos que el tribunal arbitral lo preceptúe. Sobre este particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte consigna, además, que las Partes contendientes, una vez que hayan recibido el informe final del panel, deben convenir la solución del diferendo, ajustando dicha solución en todo momento a las determinaciones del panel, y debiendo notificar al secretariado toda resolución acordada.

Cuando la decisión final del tribunal de arbitraje declare que la medida contra la que se recurre es incompatible con el tratado, la Parte demandada, siempre que sea posible, debe abstenerse de ejecutar la medida o, en su defecto, tendrá que derogarla.

En caso de que la decisión declare que la medida es causa de anulación o menoscabo, determinará el nivel de anulación o menoscabo y por tanto podrá sugerir los ajustes mutuamente satisfactorios para las Partes.
Tratándose de incumplimiento, en el texto de los diversos tratados existe consenso en que si el informe final del panel (tribunal arbitral) se resuelve que una medida es incompatible con las obligaciones del tratado o es causa de anulación o menoscabo y la parte demandada no ha arribado a un acuerdo con la o las partes reclamantes sobre una solución satisfactoria para cada una, la parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada, hasta el momento en que se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia, o bien, hasta que la parte a la que se demanda, cumpla con la decisión final del tribunal arbitral. Sólo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte establece como plazo para que la parte reclamante pueda suspender la aplicación de beneficios, el de 30 días posteriores a la recepción del informe final.

Sin embargo, los referidos tratados sí establecen que el tribunal arbitral que haya sido solicitado por cualquiera de las partes para determinar si el nivel de los beneficios que la Parte reclamante suspendió son manifiestamente excesivos, deberá presentar su decisión final para tales efectos, dentro de los sesenta días que sigan a la elección del último árbitro, o en cualquier otro plazo que se acuerde, debiéndose desahogar, en todo caso, el procedimiento de acuerdo con las reglas modelo de procedimiento.

Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse, la parte reclamante —se afirma— debe procurar, en primer término, suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores afectados por la prevención, o por otro asunto que el tribunal arbitral (panel) hubiese considerado incompatible con las obligaciones derivadas del tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo; u, posteriormente, podrá interrumpir beneficios en otros sectores cuando considere que no es posible ni adecuada la suspensión de éstos en el mismo sector o sectores.

IX. CONCLUSIONES

Debemos destacar que casi todos los instrumentos que se han analizado reflejan de manera común en su contenido disposiciones que, aunque bajo diversos rubros, se refieren esencialmente a la interpretación de tales tratados ante instancias judiciales o administrativas internas y por otro lado al establecimiento de medios alternativos para la solución de controversias.

En el primer caso, los Tratados de Libre Comercio de América del Norte; Costa Rica; o con el Grupo de los Tres, y Bolivia, regulan que ante el surgimiento de un procedimiento judicial o administrativo interno de una parte, o de una cuestión de interpretación o de aplicación del Tratado, o cuando una instancia judicial o administrativa de una parte solicite la opinión de la otra parte, aquélla parte en cuyo territorio se encuentre ubicada esa instancia debe notificarlo a la otra, así como a su sección nacional del secretariado. La comisión procurará, a la brevedad posible, acordar una respuesta adecuada.
En el segundo de los casos se estipula que, en la medida de lo posible, cada Parte debe, necesariamente, promover y facilitar el recurso al arbitraje privado y otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales que se susciten entre particulares dentro de la zona de libre comercio.

A tal fin, cada parte debe disponer de los procedimientos adecuados que aseguren el reconocimiento y ejecución de los laudos que se pronuncien en ese tipo de controversias, debiéndose ajustar, además, a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975, y a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, siempre que, por supuesto, formen parte de las mismas.

Por ende, la comisión establece un comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. Dicho comité debe presentar informes y recomendaciones a la comisión sobre cuestiones generales, enviadas por ella, relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

Por último, el artículo 2021 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte a la letra dice: “Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con este Tratado”.

El Acuerdo de Complementación Económica con Chile concluye el capítulo sobre solución de controversias, aludiendo a que la resolución que dicte el tribunal arbitral no es susceptible de recurso alguno y su incumplimiento acarrea, por ende, la suspensión del acuerdo en tanto no cesen las causas que la motivaron. De persistir esta situación —se enfatiza— la Parte afectada podrá invocar el incumplimiento como causal de denuncia del acuerdo.