

## Arbitraje CIADI México Estados Unidos en el marco del T-MEC

### ICSID Arbitration Mexico United States under the T-MEC

JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ\*

**RESUMEN:** En este artículo se analiza el objetivo, funcionamiento y características del procedimiento arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o Centro), así como las condiciones pactadas en el T-MEC para someter al arbitraje del Centro una controversia inversionista Estado, México Estados Unidos, a efecto de conocer si están conforme a la Constitución, particularmente en los relativo a la garantía de igualdad o no discriminación y al principio de agotamiento de recursos internos.

**PALABRAS CLAVE:** discriminación; tribunales nacionales; Cláusula Calvo; CIADI; T-MEC.

---

\* Licenciatura, Especialidad en Finanzas Públicas, Maestría y Doctorado en Derecho, en la UNAM y Especialidad en Economía en el Economics Institute, University of Colorado. Actualmente Magistrado de la Primera Sala Especializada en Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Director General de la UPCI, SE; representante de México en los Comités Antidumping y Antisubvenciones de la OMC; director del Seminario de Comercio Exterior y Profesor Titular C Tiempo Completo de la Facultad de Derecho; Miembro del SNI Conacyt Nivel 1; Arbitro Internacional del TLCAN. Contacto: <juansaldanaperez@hotmail.com>. Fecha de recepción: 16/05/20. Fecha de aprobación: 15/08/20.

**ABSTRACT:** This article analyzes the objective, operation and main characteristics of the arbitration procedure of the International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID), as well as the conditions agreed in the T-MEC to submit to the arbitration of the Center an investor controversy State, Mexico United States, in order to know if they are in accordance with the Constitution, particularly those related to the guarantee of equality or non-discrimination and the principle of exhaustion of domestic remedies.

**KEYWORDS:** discrimination; national courts; Calvo Clause; ICSID; T-MEC.

## I. INTRODUCCIÓN

En repetidas ocasiones, antes y durante la negociación del T-MEC, el presidente Trump amenazó con dar por terminado el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), incluido el mecanismo de solución de controversias inversionista Estado, con el propósito de presionar al gobierno mexicano para que aceptara sus condiciones, argumentando, entre otras cosas, que México se roba las inversiones que deberían quedarse en territorio norteamericano.

Después de dos años y como resultado de las negociaciones entre los tres países, el 30 de noviembre del 2018 firmaron el Tratado entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC) que sustituye al TLCAN.<sup>1</sup> El Capítulo 14. Inversión, Anexo 14-D, Solución de Controversias de inversión del T-MEC (Antes Capítulo XI del TLCAN), establece un mecanismo arbitral de solución de controversias inversionista Estado (arbitraje mixto), solo entre Estados Unidos y México.

## II. ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EL T-MEC

Conforme a lo previsto en el artículo 14.D.3 del T-MEC (1120 del TLCAN) la demandante podrá presentar una reclamación respecto a una controversia sobre inversiones México Estados Unidos,

---

<sup>1</sup> Decreto por el que se aprueba el Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, Argentina, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, así como los seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, Argentina, el treinta de noviembre de 2018, publicado en el DOF el 29 de julio de 2019.

(controversia de inversión calificada)<sup>2</sup> conforme a alguna de las siguientes alternativas:

- (a) el Convenio del CIADI y las *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje* del CIADI, siempre que tanto la demandada como la Parte de la demandante sean partes del Convenio del CIADI;
- (b) el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la demandada o la Parte de la demandante sea una parte del Convenio del CIADI;
- (c) el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI); o
- (d) si la demandante y la demandada lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

A diferencia del mecanismo de solución de controversias del artículo 1120 del TLCAN que aplicaba para los tres países, el sistema o arbitral inversionista estado del T-MEC solo incluye a Estados Unidos y a México, no a Canadá.

Poco antes de que se firmara el Protocolo que sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) por el Tratado Estados Unidos, México y Canadá, (T-MEC), hecho en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018. México suscribió el Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, (Convenio CIADI) en enero de 2018, del cual forma parte a partir del 26 de agosto de ese año<sup>3</sup> En virtud del reciente acceso de México al Centro, en seguida analizaremos las

---

<sup>2</sup> Controversia de inversión calificada significa una controversia de inversión entre un inversionista de una Parte del Anexo y la otra Parte del Anexo. Parte del Anexo significa México o los Estados Unidos. Artículos 1 y 14.d.1 del T-MEC.

<sup>3</sup> Decreto Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en

características principales del arbitraje CIADI en el contexto del T-MEC.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o Centro), establece y administra dos procedimientos uno de conciliación y otro de arbitraje, y tiene como objetivo fomentar el flujo de inversiones de países desarrollados a países con menor grado de desarrollo económico, lo que se traduce en la posibilidad de que cuando se presente una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, se pueda resolver mediante tribunales arbitrales internacionales es internacionales, distintos a los tribunales nacionales, que garanticen justicia imparcial y expedita, siempre que se refiera a una controversia de naturaleza jurídica directamente relacionada con una inversión, relativa a las siguientes medidas, entre otras: expropiación, nacionalización o medidas similares, control de cambios, incumplimiento en contratos de gobierno por servicios, incumplimiento en compras de gobierno, impuestos, clausuras, etc.

Hasta abril del 2020, el CIADI contaba con 154 estados parte (161 firmantes), entre los que se destacan Estados Unidos (1966), Canadá (2013), México (2018), China (1993), Francia (1967 y Gran Bretaña (1967),<sup>4</sup> motivo por el cual es importante considerar lo que ello implica ya que pocos instrumentos internacionales

---

la ciudad de Washington, D.C., el dieciocho de marzo de mil sesenta y cinco, publicado en el DOF del 24 de agosto del 2018.

<sup>4</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio (al 12 de abril de 2019) (CIADI), consultado en: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>> (06/14/2020)

han ganado tanta aceptación a nivel internacional, y por lo general versan sobre materias menos controvertidas.<sup>5</sup>

No obstante, debido a que los tres países Parte del T-MEC también son Parte del CIADI, las controversias inversionista estado, Canadá México y Canadá y Estados Unidos, podrán resolverse mediante arbitraje CIADI.

Es importante destacar que en el referido artículo 14.D.3 del T-MEC se prevé como segunda alternativa el arbitraje del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, (arbitraje del Mecanismo Complementario, siendo que no aplica a las controversias México Estados Unidos, ya que esta opción solo aplica cuando uno de los dos, el estado receptor de la inversión o el estado de donde es nacional el inversionista, no es miembro del CIADI, pero no ambos. Posiblemente se incluyó esta alternativa previendo que uno de los dos países dejará de ser parte del CIADI, lo cual es difícil que suceda a corto y mediano plazo.

### III. OBJETIVO Y FUNCIONAMIENTO DEL CIADI

En seguida expondremos brevemente los antecedentes del CIADI, para después analizar su objeto, funcionamiento, los aspectos más relevantes del procedimiento arbitral que administra y las “ventajas jurídicas” que tiene respecto a otros arbitrajes, incluido el arbitraje del Mecanismo Complementario y el arbitraje comercial privado o tradicional.

El Banco internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) mejor conocido como el Banco Mundial (BM), tiene como objetivo principal fomentar el flujo de inversión a nivel global, principalmente de países desarrollados a países menos desarrollados, para lo cual se han creado otras cuatro instituciones. Estas cinco

---

<sup>5</sup> González De Cossio, Francisco, “Arbitraje de Inversión”, México, Porrúa, 2009, p. 297.

instituciones en su conjunto (tres financieras y dos arbitrales) son conocidas como Grupo Banco Mundial:

- a) el Banco internacional de Reconstrucción y Fomento,
- b) la Corporación Financiera Internacional
- c) la Asociación Internacional de Fomento
- d) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y
- e) la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión.

Las tres primeras instituciones otorgan financiamiento para fines productivos a sus miembros, conforme a programas previamente establecidos. En tanto que las dos últimas brindan a sus miembros procedimientos conciliatorios y arbitrales para la solución de controversias entre un estado miembro y un inversionista nacional de otro estado miembro.

Estas controversias no se verán afectadas por la entrada en vigor del T-MEC, como ya se dijo, al tiempo que todas las controversias que surjan en el lapso de tres años (artículo 3o. del Anexo 14-C), contados a partir de la fecha en la que quede sin efecto el TLCAN, podrán iniciarse bajo los auspicios del actual capítulo XI de este Tratado. Sólo después de ese plazo y bajo las condiciones del nuevo T-MEC, todas las controversias se tramitarán con las reglas del nuevo capítulo 14.

#### IV. JURISDICCIÓN

A diferencia de otras instituciones arbitrales inversionista estado como la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA), cuya jurisdicción se limita a cuatro riesgos no comerciales,<sup>6</sup> la ju-

---

<sup>6</sup> *The Multilateral investment Guarantee Agency* (MIGA), tiene dos mecanismos, uno de seguro por cuatro riesgos no comerciales (disturbios y guerras civiles, compras de gobierno, expropiación o medidas similares y control

risdicción del CIADI es muy amplia, puesto que abarca cualquier conflicto de naturaleza jurídica surgido directamente de una inversión entre un Estado miembro del Centro (subdivisión política u organismo público) y un nacional (personas natural o jurídica) de otro Estado contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterlo al arbitraje del Centro.

El Convenio CIADI no señala lo que debe entenderse por conflicto de naturaleza jurídica ni por inversión. Es muy probable que el propósito fue no definir dichos conceptos, de manera tal que su jurisdicción sea tan amplia como las partes lo convengan, las cuales pueden acordar sujetar a la jurisdicción del Centro una controversia relativa cualquier forma de inversión, tanto la tradicional (inversiones industriales, explotación de recursos naturales y turismo, entre otros), como la de vanguardia (por ejemplo: dividendos de acciones, contratos de servicios y de transferencia de tecnología), con exclusión de las diferencias de naturaleza política, éticas o comerciales.

Se entiende que la controversia es de naturaleza jurídica si se ejercen acciones pretendiendo la compensación o la indemnización por daños y perjuicios y si se fundamentan en un contrato anterior, en una ley interna o en un tratado internacional.<sup>7</sup>

Es importante destacar que no por el hecho de México forma parte del Centro todas las controversias relativas a inversiones, existentes o futuras, que el estado mexicano tenga con personas (naturales o jurídicas) de otro Estado miembro, se tendrán que resolver mediante arbitraje CIADI, pues el gobierno mexicano

---

de cambios), y otro de arbitraje. Una vez que se presenta el siniestro, MIGA paga hasta el 90% de la inversión y se subroga los derechos del inversionista. La controversia entre MIGA y el gobierno se somete a arbitraje. *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency* Washington, D.C., octubre 11, 1985.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras; el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant to Blanch, 2004, pp. 57 y 58.

tiene que seleccionar y consentir por escrito el o los casos en que procederá el arbitraje respecto a determinada o determinadas inversiones.

El consentimiento respecto a futuras controversias puede manifestarse en tres vías a) la contractual, mediante una cláusula contenida en un contrato, b) la del derecho interno, en una ley sobre inversiones, y c) la del derecho internacional, en un tratado internacional.<sup>8</sup> México ha expresado su consentimiento en someter una controversia inversionista estado al arbitraje del CIADI en diversos tratados internacionales, tales como el T-MEC y en los 32 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), suscritos con 33 países.<sup>9</sup>

El gobierno mexicano debe realizar dicha selección en función del tipo de inversión extranjera con base en criterios objetivos, tales como, la creación de empleos, la capacitación de personal, el desarrollo sustentable, la salud pública y que sea complementaria de la nacional, que no la desplace. Por ejemplo, con base en estos criterios la inversión extranjera en comida rápida (hamburguesas y pizzas) podría no gozar del beneficio del arbitraje (desplaza a la nacional, causa obesidad, no capacita personal, etc.), en tanto que la inversión extranjera para la construcción de una planta altamente tecnificada para la fabricación computadoras, si se le podría otorgar el beneficio del arbitraje CIADI (crea empleos, es complementaria de la nacional, capacita al personal, etc.).

La jurisdicción del CIADI no comprende disputas surgidas entre dos Estados contratantes, entre dos particulares, o entre un Estado contratante y un inversionista nacional del mismo Estado o que tenga doble nacionalidad. Además, tanto el inversionista

---

<sup>8</sup> VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, p. 69.

<sup>9</sup> Secretaría de Economía, *Tratados y Acuerdos que México ha firmado con otros países, hasta el 12 de abril del 2018*. Consultado en: <<https://www.gob.mx/se/articulos/tratados-y-acuerdos-que-mexico-ha-firmado-con-otros-paises?idiom=es>> (14.05.2020).

(persona natural o jurídica) como el estado receptor de la inversión, cualquiera de los dos, pueden acudir al arbitraje CIADI para resolver una controversia.

En otras palabras, un inversionista nacional de cualquier país miembro del Centro (Estado Unidos, Canadá, China o cualquier otro) que tenga una controversia relativa a una inversión con el Estado mexicano, tiene el derecho de acudir al arbitraje CIADI para resolverla, en tanto que un inversionista mexicano no lo tiene, lo cual podría resultar discriminatorio para este último, por violar la garantía de igualdad prevista en la Constitución, tal como se analiza más adelante.

Excepcionalmente, en el arbitraje CIADI se puede convenir que determinada “persona jurídica” nacional del Estado receptor, se considere nacional de otro Estado contratante, si el control de la empresa lo tiene un nacional del otro Estado contratante.<sup>10</sup> A diferencia de CIADI, en MIGA se establece la posibilidad de que los inversionistas nacionales del estado en controversia puedan acceder al arbitraje, siempre que los recursos de la inversión provengan del extranjero, lo cual podría fomentar la repatriación de capitales.

## V. ARBITRAJE EXCLUYENTE Y DIRECTO

El arbitraje CIADI es excluyente de cualquier otro recurso administrativo o judicial, salvo estipulación en contrario. Este requisito puede señalarse en una ley o en un tratado internacional, o pactarse en una cláusula de un contrato. Las partes pueden acudir a otros métodos de solución de controversias distintos al arbitraje CIADI ya sea en concurrencia o preferencia con este. El primer supuesto se presenta en la Ley de Hidrocarburos, en el T-MEC (TLCAN) y en los APPRICs, en donde se establece la posibilidad de optar por acudir a diferentes procedimientos arbitrales, entre

---

<sup>10</sup> Artículo 25.2.b) del Convenio CIADI

ellos el arbitraje CIADI, todos ellos en un plan de igualdad. En el segundo supuesto se pacta otro procedimiento que tiene preferencia sobre el arbitraje CIADI.

Por otra parte, un estado miembro puede acordar el agotamiento previo de los recursos internos, administrativos o judiciales, como condición del arbitraje CIADI.

En la doctrina y la práctica internacionales, las controversias entre un inversor extranjero y el estado huésped deberán resolverse ante los tribunales nacionales y solo cuando hay denegación de justicia podrá el extranjero acudir a tribunales extranjeros. No obstante, el Estado receptor puede renunciar a esa prerrogativa y aceptar que el inversionista acuda directamente a la jurisdicción internacional, sin agotar los recursos internos.

La denegación de justicia se circunscribe a la protección jurídica que debe darse a los extranjeros. *Latu sensu* es toda falta o irregularidad en la organización o en el ejercicio de la función jurisdiccional que implique incumplimiento del estado en su deber internacional de protección judicial de los extranjeros; y *stricto sensu* consiste en: la negativa o imposibilidad a los extranjeros del libre acceso a los tribunales; procedimientos excesivamente lentos para los extranjeros o sentencias manifiestamente injustas para los extranjeros.<sup>11</sup>

Estados Unidos y México pactaron en el T-MEC que antes de acudir al arbitraje CIADI, la demandante debe iniciar un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo competente de la demandada con respecto a una inversión y obtener una decisión final de un tribunal de última instancia o hayan transcurrido 30 meses desde la fecha en que haya iniciado el referido procedimiento. En realidad, tal obligación no constituye en sí misma el necesario agotamiento de los recursos internos, pues lo habitual es que los plazos contemplados no se correspondan al tiempo nor-

---

<sup>11</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, Voz: “Denegación de justicia”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM/ Porrúa, p. 1069.

mal que se puede necesitar para ello.<sup>12</sup> La condición debe referirse a que los recursos internos no sean excesivamente tardados para los extranjeros, por el hecho de serlo. De otra manera, lo que se pretende es tener una justicia más expedita para los extranjeros que para los nacionales.

En el T-MEC también se pactó que la demandante puede acudir directamente al arbitraje CIADI, cuando recurrir a los recursos internos sea obviamente fútil; la palabra fútil significa *de poco aprecio o importancia*.<sup>13</sup> Sería conveniente que la condición se refiera a supuestos concretos tales como la no existencia de tribunales que conozcan del asunto o que no se permita el acceso a los extranjeros.

Además, no es suficiente que un extranjero obtenga una sentencia firme de un tribunal de última instancia para acudir al arbitraje, ya que solo podría hacerlo cuando la referida sentencia sea manifiestamente injusta para el extranjero, por su condición de extranjero.

Ambos países acordaron que la demandante podrá acudir directamente a los mecanismos arbitrales del Anexo 14-D (Artículo 14.D.3), sin agotar previamente los recursos internos, siempre que hayan transcurrido al menos 6 meses de que se dieron los actos reclamados y antes de 3 años de que se conocieron, cuando se trate de controversias relativas a un sector cubierto, esto es, una actividad relacionada con:<sup>14</sup>

1. petróleo y gas natural que una autoridad nacional de una Parte controla, tales como exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta,
2. suministro de servicios de generación de energía al público a

---

<sup>12</sup> MASIA FERNÁNDEZ, Enrique, *op. cit.*, p. 157

<sup>13</sup> Fútil adj. De poco aprecio o importancia. Real Academia Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2019. Consultado en: <<https://dle.rae.es/f%C3%BAtil?m=form>> (11/ 05/ 2020).

<sup>14</sup> Nota 32 del Anexo 14 y Anexo 14.E.4 y 14.E.5 del T-MEC.

nombre de una Parte,

3. suministro de servicios de telecomunicación al público a nombre de una Parte,
4. suministro de servicios de transporte al público a nombre de una Parte, o
5. la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno de una Parte del Anexo;

## VI. GARANTÍA DE IGUALDAD Y COMPETENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

En el artículo 1, párrafos 1 y 5 de la Constitución consagra la garantía individual de igualdad; todas las personas que se encuentren en territorio mexicano (nacionales y extranjeros) gozan de las garantías que otorga la Constitución y se prohíbe la discriminación originada por nacionalidad o por cualquier motivo.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

...

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, .... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Dicho precepto constitucional garantiza el derecho humano de la igualdad de todas las personas, en el sentido jurídico y gu-

bernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado. La igualdad ante la ley se concibe como el principio de no discriminación. La ley puede hacer distinciones entre personas, concediéndoles diferentes derechos y privilegios, pero el trato desigual será ilegítimo si se funda en criterios como religión, nacionalidad, etc.<sup>15</sup>

Los inversionistas extranjeros (estadounidenses) de un sector cubierto (petróleo, gas natural, energía) exceptuados de cumplir con el principio del agotamiento de recursos internos, podrían situarse en un plano de privilegio respecto a los inversionistas nacionales, lo que puede resultar en un trato discriminatorio de los inversionistas mexicanos respecto a los norteamericanos.

Por otra parte, el artículo 27, fracción I de la Constitución prevé la Cláusula Calvo, conforme a la cual, el Estado mexicano podrá conceder a los extranjeros el mismo derecho que a los mexicanos, para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, entre otros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes.

La Doctrina Calvo forma parte de una sólida tradición Latinoamericana vinculada al tratamiento del que deben ser objeto las empresas extranjeras por sus actividades económicas en el país huésped. Se ha pretendido imponer sobre los Estados americanos la regla que los extranjeros merecen mayores consideraciones que los nacionales. El postulado más sólido de Calvo fue en favor de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, por lo que las controversias con empresas extranjeras surgidas de contratos económicos deben ser resueltas localmente.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Gonzalez de Cossio, Francisco, “Reflexiones acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte”, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 28, 1998, p. 316.

<sup>16</sup> ROFFE, Pedro, “Calvo y su vigencia en América Latina”, *Revista del derecho industrial*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1984, pp. 353 y 354.

Por lo anterior, tal como lo señala el precepto constitucional, si los inversionistas estadounidenses (extranjeros) se consideran como nacionales y los nacionales no tienen acceso al arbitraje CIADI, los inversores extranjeros tampoco deberían tenerlo, pues lo contrario estaría en contra de la Constitución. El obstáculo mayor de Latinoamérica al sistema arbitral CIADI, ha sido la oposición de sustraer de la jurisdicción local la solución de controversias en las que el Estado es parte, y para tal efecto, han previsto disposiciones constitucionales que someten a los inversores extranjeros a los tribunales nacionales. Por lo anterior, es pertinente revisar las disposiciones constitucionales aplicables a la competencia de los tribunales nacionales en las controversias en que el estado mexicano es parte.

Conforme a lo establecido en el artículo 104, fracción V de la Constitución, los Tribunales de la Federación conocerán de aquellas controversias en que la Federación fuese parte.

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

I....

...

IV. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

V. De aquellas en que la Federación fuese parte;

...

Ningún artículo de la Constitución ni de una ley o la jurisprudencia indican el o los casos en que la federación es parte en una controversia. Ley sobre la Celebración de Tratados (LSCT) utilizando el mismo lenguaje de la Constitución, deja abierta la posibilidad de que aquellas controversias en que una parte sea la federación y la otra personas físicas o morales, gobiernos y otros, puedan ser resueltas a través de mecanismos internacionales de solución de controversias, lo cual puede resultar contrario a la Constitución.

Artículo 8.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;

II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y

III.- Garantizar la imparcialidad de la composición de los órganos de decisión.

Para una mejor comprensión de la problemática planteada, en seguida se mencionan algunas controversias relativas a impuestos, a reformas legislativas y a medidas administrativas, resueltas mediante arbitraje y en las que podría considerarse que la federación es parte.

MARVIN FELDMAN Vs. MEXICO, por la negativa del SAT a realizar las devoluciones del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios, (IEPS) por las exportaciones de cigarros a que supuestamente tiene derecho un inversionista norteamericano.<sup>17</sup>

METALCLAD CORPORATION Vs. MÉXICO, por impedir la operación y funcionamiento de un “confinamiento de residuos tóxicos y contaminantes” cerca de San Luis Potosí, propiedad de inversionistas norteamericanos, por supuestamente carecer de permisos federales de SEMARNAT, PROFEPA, SEDUE y otras autoridades. Además, una vez instalado el tribunal arbitral el gobernador del Estado emitió un Decreto Ecológico declarando una Área Natural

---

<sup>17</sup> Ver: METALCLAD CORPORATION Vs. MÉXICO. Caso N° ARB(AF)/97/1. LAUDO ARBITRAL. CIADI (Capítulo XI del TLCAN - Mecanismo Complementario), 30 de agosto de 2000.

para la protección de un cactus único, la cual comprende el predio del confinamiento.<sup>18</sup>

MEXICO CARNE DE BOVINO Y ARROZ. Estados Unidos impugnó mediante arbitraje de la OMC, tanto las cuotas compensatorias impuestas por la Secretaría de Economía como diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior (metodología *zeroing*) reformada el 3 de julio del 2003, argumentando que estas últimas eran incompatibles con el Acuerdo Antidumping. En otras palabras, los actos del Congreso se sometieron a arbitraje de la OMC. (arbitraje legislativo).<sup>19</sup>

MEXICO MEDIDAS FISCALES SOBRE REFRESCOS Y OTRAS BEBIDAS. Estados Unidos impugnó ante la Órgano de Solución de Controversias de la OMC el impuesto a la importación y consumo de cualquier bebida endulzada con un edulcorante distinto al azúcar, por considerarlo violatorio del principio de Trato Nacional. En otras palabras, México impuso un impuesto a la fructosa pero no al azúcar (producto similar).<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ver: MARVIN FELDMAN Vs. MEXICO. Caso N° ARB (AF)/99/1. LAUDO ARBITRAL. CIADI (Capítulo XIX del TLCAN. Mecanismo Complementario), 16 de diciembre de 2002.

<sup>19</sup> Ver Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 13 de marzo de 2003; Informe del Órgano de Apelación del caso México Medidas Antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz. WT/DS295/AB/R, 29 de noviembre de 2005; y Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 21 de diciembre de 2006.

<sup>20</sup> Ver: Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R, 6 marzo de 2006.

## VII. LAUDO, RECURSOS, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El tribunal arbitral del Centro se integra por un árbitro o un número impar de árbitros (por acuerdo de las partes), seleccionados de una lista formada por cuatro personas por cada estado, y por 10 individuos designados por el presidente del Centro, considerando la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo. Si el tribunal no se constituye en los 90 días siguientes a la solicitud, el mismo presidente nombra el árbitro o árbitros faltantes. En el T-MEC se estableció que el tribunal arbitral se integrará por tres árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes.<sup>4</sup> Principio de voluntad de las partes

Tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje CIADI rige el principio voluntad o libertad de las partes. El artículo 42.1 del Convenio establece que *el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo a las normas de derecho acordadas por las partes*, por lo que no están limitadas a elegir un ordenamiento jurídico. Además, pueden convenir que se resuelva *ex aequo et bono* (de equidad) <sup>21</sup>a falta de acuerdo aplicar la legislación del estado parte en la disputa. También tienen libertad de convenir las normas procesales, y solo cuando no hay acuerdo aplicar las Reglas del arbitraje CIADI. Además, el tribunal puede decidir solo respecto a lo no previsto, con lo cual se excluye la aplicación de la *lex fori* nacional a un procedimiento arbitral CIADI.

Es norma que en el arbitraje comercial internacional que el control del laudo es competencia de los tribunales nacionales, ya sea mediante la vía directa de una impugnación o a través de la vía indirecta del procedimiento de reconocimiento y ejecución.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> La equidad alude a la adecuación que el derecho tiene de aplicarse al caso concreto, esto es, la justicia del caso concreto, en caso contrario el derecho conduciría a la máxima injusticia (*summum ius summa iniuria*). MORANCHEL POCATERRA, Mariana, *Compendio de Derecho Romano*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Cuajimalpa, 2017, p. 13.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ DE MASÍÁ, Enrique, *op. cit.*, p. 306.

Al respecto, el Código de Comercio (C. Comercio) establece las causales de nulidad y de denegación y reconocimiento de laudos, en tanto que la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)<sup>23</sup> solo establece las causales de denegación y reconocimiento. En ambos casos el juez debe revisar el laudo, ya sea a solicitud de parte o de oficio, según la causal invocada.

Conforme a lo previsto en el artículo 1457 del C. de Comercio, tanto en el arbitraje nacional como en el internacional, cuando el lugar de arbitraje se encuentre en México, el juez competente de primera instancia federal o del orden común (juez del lugar) podrá anular el laudo arbitral, a solicitud de parte o de oficio, siempre que:<sup>24</sup>

I. La parte que intente la acción pruebe que:

- a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;
- b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

---

<sup>23</sup> “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: ...” Artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

<sup>24</sup> Artículos 1415, 1422 y 1457 del Código de Comercio y V de la Convención de Nueva York

- d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o
- II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

Además, si el lugar de arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes, a solicitud de parte o de oficio, por las causales previstas en el artículo 1462, cuando:<sup>25</sup>

- I. La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:
- a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;
- b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

---

<sup>25</sup> Artículos 1422 y 1462 del Código de Comercio.

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o

II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

Es importante destacar que la normatividad en materia de arbitraje comercial internacional prevista en el C. de Comercio, en la Convención de Nueva York y en los demás tratados internacionales sobre la materia, suscritos por México, no aplica a un laudo CIADI, ya que este laudo no es recurrible ante ningún juez nacional sino únicamente ante un órgano *ad hoc*, conforme a lo previsto en el propio Acuerdo.

Todo estado miembro se compromete a reconocer en su territorio el carácter obligatorio de un laudo CIADI en forma inmediata, como si se tratara de una sentencia firme dictada por sus tribunales y hacerlo ejecutar dentro de su territorio por la autoridad administrativa o judicial que designe, por lo que este laudo no puede ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, conforme a lo previsto en los artículos 53 y 54 del Acuerdo del Centro.

#### Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, ...

#### Artículo 54

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus te-

ritorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. ....

Los laudos CIADI tienen un procedimiento excepcional de reconocimiento y ejecución, “directo y simplificado”, deslocalizado de las jurisdicciones nacionales, muy diferente al procedimiento “indirecto y complejo” previsto en gran parte de las leyes internas y en los tratados internacionales, aplicable a todos los demás laudos arbitrales, ya que en todos estos se aplica el procedimiento conocido como *exequetur*, conforme al cual el juez nacional, a solicitud de parte o de oficio, verifica si un laudo extranjero reúne los requisitos para su reconocimiento y ejecución, conforme a su legislación nacional.

No hay duda, en todo procedimiento judicial o arbitral, las partes (inversionistas) no solo buscan obtener una sentencia o laudo favorable sino también la seguridad de poder alcanzar su ejecución.

Un laudo CIADI no es apelable y su impugnación no es competencia de los tribunales nacionales, ya que conforme a los artículos 50, 51 y 52 del Acuerdo Constitutivo, el Centro establece sus propias vías de impugnación a través de tres recursos que se presentan por escrito ante el Secretario General, los cuales son resueltos por el propio tribunal arbitral o por una comisión ad hoc, según el caso.

1. Recurso de interpretación para que se aclare el sentido o alcance del laudo. Este recurso lo resuelve el mismo tribunal o de no ser posible se constituye un nuevo tribunal conforme a las reglas CIADI, el cual puede suspender la ejecución del laudo hasta que resuelva la aclaración, si las circunstancias lo exigen. (artículo 50)
2. Recurso de revisión del laudo, con base en un hecho que no se hubiera podido conocer y que influya en el sentido del laudo. El mismo tribunal o uno nuevo resuelve el recurso, mismo que podrá suspender la ejecución del laudo hasta que resuelva la revisión (artículo 51).

3. Recurso de anulación del laudo por incorrecta constitución del tribunal, extralimitación del tribunal o corrupción de uno de sus miembros, violación grave a norma de procedimiento o falta de fundamentación del laudo. Una Comisión *ad hoc* de tres personas seleccionadas de la lista de árbitros CIADI, resuelve el recurso y puede ordenar a suspensión de la ejecución de laudo hasta que decida sobre su anulación y, en su caso, cualquiera de las partes podrá someter la diferencia a un nuevo tribunal CIADI.

Finalmente, es importante tener presente que cada Estado contratante debe designar las autoridades nacionales competentes (administrativas o judiciales) para llevar a cabo la ejecución de un laudo CIADI, de acuerdo con la normatividad aplicable a la ejecución de sus sentencias nacionales, conforme a lo establecido en el artículo 54 del Acuerdo Constitutivo que dice:

(1)...

... El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales ...

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto ...

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Por ejemplo, Suecia y Bélgica designaron al Ministro de Relaciones Exteriores, en tanto que Egipto al de justicia e Italia a los tribunales de apelación del lugar de ejecución.<sup>26</sup>

En su caso, cualquiera que sea la autoridad designada para ejecutar un laudo CIADI, es conveniente establecer en la legislación mexicana el procedimiento a seguir para su reconocimien-

---

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ DE MASÍA, Enrique, *op.cit.*, p. 33 y 334.

to y ejecución, independientemente de que ya esté previsto en el Acuerdo, a efecto de evitar que por error, desconocimiento o mala práctica, la autoridad facultada (judicial o administrativa), pretenda aplicar a un laudo CIADI el procedimiento *exequetur* para las sentencias y laudos extranjeros, establecido en el C. de Comercio y en la Convención de Nueva York.

La legislación holandesa establece que si una parte presenta una copia del laudo debidamente certificado, el magistrado deberá registrar el laudo - en nombre del Rey - como si fuese una sentencia interna y declarar su ejecución.

## VIII. CONCLUSIONES

*Primera.* Ante la posibilidad de no alcanzar una renegociación y Estados Unidos diera por terminado de manera unilateral el TLCAN, con o sin TLCAN o T-MEC, a partir de agosto del 2018, México aseguró su acceso al arbitraje inversionista Estado del CIADI, previsto en ambos tratados comerciales, a efecto de brindar mayor seguridad jurídica a los inversionistas, tanto de Estados Unidos como de cualquier otro país miembro del Centro, incluido Canadá.

*Segunda.* Una de las grandes ventajas del laudo CIADI es su procedimiento directo de ejecución, deslocalizado de las jurisdicciones nacionales, muy diferente al procedimiento “indirecto y complejo” previsto en gran parte de las leyes nacionales (C. Comercio) y en los tratados internacionales (Convención de Nueva York), aplicable a todos los demás laudos arbitrales, incluidos los del Mecanismo Complementario.

*Tercera.* El mecanismo de solución de controversias inversionista Estado del T-MEC solo aplica para Estados Unidos y México, a diferencia del TLCAN que también aplicaba para Canadá.

*Cuarta.* Conforme a lo pactado por Estados Unidos y México para someter una controversia al arbitraje CIADI, el demandante debe agotar los recursos internos, excepto en el caso de contro-

versias relativas a un sector cubierto, (petróleo, gas natural, telecomunicaciones públicas, etc.) lo cual podría contravenir diversas disposiciones de la Constitución: la garantía de igualdad (artículo 1), la Cláusula Calvo (artículo 27) y la competencia de los tribunales federales en aquellas controversias en que la federación sea parte (artículo 104).

*Quinta.* Posiblemente las referidas disposiciones constitucionales resultan viejas y obsoletas, ya que no corresponden a las exigencias de un mundo globalizado y de gran intercambio comercial. Sin embargo, ello no justifica su incumplimiento, por lo que se debe hacer un estudio a fondo y, en su caso, llevar a cabo su reforma, a efecto de contar con un marco jurídico acorde a las exigencias del mundo actual, que brinde mayor seguridad jurídica a los inversionistas.

