

# TLC: Mecanismo de resolución de controversias y el Arbitraje Comercial Internacional

Luis Nieves Morillo\*

## Introducción

A lo largo del presente siglo los países americanos han sido protagonistas de marcados esfuerzos políticos, legislativos y doctrinales orientados hacia la creación, por vía de Convenios, de una Integración Económica Hemisférica.

En las últimas cuatro décadas los países americanos han adoptado distintos acuerdos bilaterales y multilaterales de integración económica<sup>1</sup> que han dado lugar a un dramático proceso de transformación en sus respectivas estructuras socio-económicas, encaminadas hacia una creciente interdependencia de sus mercados y al desarrollo de intercambios económicos a través de la creación de bloques regionales.<sup>2</sup>

---

\* Licenciado en Derecho Universidad de Navarra, Pamplona, España (1993).

<sup>1</sup> ECLAC, *Open Regionalism in Latin America and the Caribbean* (LC/L. 808 (CEG. 19/3), Santiago: enero 1994, págs. 40-47; George González y Susan Myers, *Tracking the Trade Pacts*, GLOBAL PRODUCTION (julio-agosto 1994), págs. 8-14. Los Acuerdos bilaterales y multilaterales son: Mercado Común Centroamericano (1960), Pacto Andino-Colombia, Venezuela, Bolivia, Perú y Ecuador (1969), CARICOM (1973), Asociación Latinoamericana de Integración (1980), Asociación de Estados del Caribe Oriental (1981), Argentina-Uruguay (1982), Brazil-Uruguay (1982), Argentina-Brazil (1988), Argentina-Bolivia (1989), Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (1989), Argentina-Brazil (1990), MERCOSUR-Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay (1991), Argentina-Colombia (1991), Grupo de los Tres-México, Colombia y Venezuela (1991), Chile-México (1991), Colombia-Venezuela (1991), MERCOSUR-Estados Unidos (1991), CARICOM-Venezuela (1992), Bolivia-Perú (1992), Chile-Colombia (1993), Bolivia-Chile (1993), Chile-Venezuela (1993), Argentina-Ecuador (1993), Sistema de Integración Centroamericano (1993) (El Mercado Común Centroamericano establecido en 1960 ha sido sustituido en gran parte por éste, ahora está compuesto por Honduras, Guatemala, Nicaragua y El Salvador. Aún no son miembros Bélice, Panamá y Costa Rica.), Costa Rica-México (1994), Cuba-Chile (1994), TLC (1994), Bolivia-Paraguay (1994), ALCH (1994) suscrito por 34 estados americanos.

<sup>2</sup> Los bloques regionales son los siguientes: MERCOSUR, CARICOM, GRUPO ANDINO, MCCA y el TLC. El Mercado del Cono Sur (MERCOSUR) compuesto por: Brazil, Uruguay, Paraguay y Argentina. Véase *Treaty Establishing a Common Market Between the Argentine Republic, the Federative Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay*, March 26, 1991, art. 1, 30 I.L.M. 1044. La Comunidad del Caribe (CARICOM) integrada por: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts y Nevis,

Como fruto de todo ello se celebró en la ciudad de Miami *la Cumbre de las Américas de 1994*, donde el Presidente Bill Clinton reunió a treinta y cuatro jefes y ministros de distintos Estados, culminando en la realización del llamado Acuerdo de Libre Comercio Hemisférico (ALCH). Un claro objetivo se estableció dentro de la Comunidad Internacional: el de transformar a las Américas en una zona de libre comercio para el año 2005, convirtiéndose de esa manera en el bloque económico más grande del mundo.

Este trabajo aborda el origen y el análisis del proceso de resolución de controversias implantado en el capítulo XX del Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC) entre los Estados Unidos de México, Canadá y Estados Unidos de América.<sup>3</sup>

Debido a que los negociadores del TLC decidieron que el procedimiento de resolución de controversias establecido en el Tratado no aplica a las personas físicas ni a los pequeños y medianos empresarios ni a las corporaciones privadas, el lector encontrará en este trabajo una sección dedicada al Arbitraje Internacional, como medio principal de resolución de controversias elegido por los negociadores para estos casos.

### **A. Origen del procedimiento de resolución de controversias del TLC**

La estructura del procedimiento de resolución de controversias en el TLC tiene su origen directo o inmediato del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados

---

St. Lucia, St. Vincent, Grenedines y Trinidad y Tobago. Véase *Caribbean, Central American Leaders Sound Clarion Call for NAFTA Parity*, Int'l. Trade Rep. (BNA) Vol. 10 at 2064 (Dec. 8, 1993). El Grupo Andino compuesto por: Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú. Véase *Agreement on Andean Subregional Integration*, May 26, 1969, 8 I.L.M. 910. El Mercado Común Centroamericano (MCCA) integrado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Véase Secretariado Permanente del Tratado General de la Integración Económica Centroamericana, *Situación del Mercado Común Centroamericano, Documento para la V Reunión de Organismos de Integración y Cooperación Económica de América Latina y el Caribe*, reimpressa en *Integración Latinoamericana* 51, 52 (mayo 1985). Y el Tratado de Libre Comercio integrado por México, Canada y Estados Unidos (TLC).

<sup>3</sup> NAFTA Implementation Act, Pub. L. No. 103-182, 107 Stat. 2057 (1993).

Unidos<sup>4</sup> y en parte ambos tratados en forma general adoptan en rasgos similares en sus disposiciones varios aspectos del sistema del Acuerdo General Comercial y Tarifario (GATT).<sup>5</sup>

## 1. EL GATT

Desde mediados de la década de 1940, el Sistema de Resolución de Controversias del GATT se ha ido desarrollando desde una banda pragmática hacia una banda más legalista. Durante la década de 1950, el GATT introdujo la práctica de referir controversias a un gobierno compuesto por los representantes en controversia y las partes contratantes. A mediados de esa década, estos fueron reemplazados por paneles integrados por tres o cinco expertos independientes, autorizados a encontrar y a establecer recomendaciones para la solución del problema planteado por las partes contratantes.

Durante esa década, las partes contratantes radicaron más de cincuenta demandas de las cuales más de quince resultaron en la recomendación de acudir a un proceso formal judicial o entablar un proceso en los tribunales.<sup>6</sup> Durante las décadas de 1960 y 1970, sin embargo, el procedimiento de resolución de controversias cayó en desuso.<sup>7</sup> Solamente diez demandas fueron radicadas entre 1960 y 1969, y ningún panel fue establecido entre 1963 y 1970.<sup>8</sup>

El GATT establece dentro de su estructura un procedimiento formal para resolución de controversias implantado en sus

---

<sup>4</sup> Canada-U.S. Free Trade Agreement, Implementation Act of 1988, Pub. L. No., 102 Stat. 1851, 100-449 (1988) (codificado según enmendado en diversas secciones del 19 U.S.C.) [en adelante CFTA]. Este acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1989.

<sup>5</sup> Acuerdo General Comercial y Tarifario, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A3 T.I.A.S., No. 1700, 55 U.N.T.S. 187 [en adelante GATT]. El texto enmendado puede ser hallado en General Agreement on Tariffs and Trade, 4 Basic Instruments and Selected Documents I (1969). [en adelante, GATT, BISD].

<sup>6</sup> Robert. P. Parker, *Dispute Settlement in the GATT and the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, 23 J. WORLD TRADE 83, 89 (1989).

<sup>7</sup> *Id.* pág. 89.

<sup>8</sup> U.S International Trade Commission, *Review of the Effectiveness of Trade Disputes Settlement Under the GATT and the Tokio Round Agreements*, 10 USITC Pub. 1793 (1985).

artículos XXII (*Consultations*) y XXIII (*Nullification and Impairment*).

Las partes son llamadas en primer lugar para resolver sus controversias a través de consultas y negociaciones bilaterales.<sup>9</sup> Las controversias que no pudieron ser resueltas son referidas a las partes contratantes, actuando éstos como un cuerpo o un grupo, quienes tienen la autoridad para hacer recomendaciones apropiadas o para tomar una decisión adecuada sobre la materia presentada. Además, las partes contratantes pueden autorizar a que se retire alguna concesión comercial si determinan que, dadas las circunstancias, se justifica tomar dicha acción. A partir de ahí el GATT dice poco sobre un procedimiento o un estándar legal sustantivo que puedan utilizar las partes contratantes en su rol de adjudicadores de controversias.

Durante las negociaciones de comercio de *La Ronda de Tokio* que concluyeron en 1979, se establecieron aclaraciones sobre las prácticas existentes de la resolución de controversias, pero no advino ninguna reforma al sistema de procedimiento de resolución de controversias. En la conclusión de *La Ronda del 1979*, las partes contratantes adoptaron el *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement, and Surveillance*<sup>10</sup> que implantó disposiciones específicas para establecer la formación del panel, la composición del panel, los requisitos procedimentales, la adopción de los informes del panel y de vigilancia.<sup>11</sup> A pesar del *Understanding del 1979* las partes contratantes no obtuvieron un remedio legal para apelar

---

<sup>9</sup> Una parte contratante puede invocar el procedimiento del artículo XIII del GATT que en su parte pertinente dice: "If [it] should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is impeded[...]"

<sup>10</sup> *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, GATT, BISD, 26th. Supp. 210 (1980) [en adelante *Understanding del 1979*].

<sup>11</sup> El Consejo forma el panel de una manera *ad hoc*, seleccionando expertos legales de una lista que mantiene el Director General del GATT, *id.* pág. 212.

al procedimiento del panel<sup>12</sup> ni siquiera obtuvieron un remedio o un derecho a la adopción automática del informe del panel una vez la adjudicación fuera completada.<sup>13</sup> En cada instancia, la decisión final era dejada en manos de la discreción general de las partes contratantes, quienes en la práctica eran los que tomaban las decisiones por consenso.

Desde *La Ronda de Tokio* en la Comunidad del GATT se despertó un consenso en la necesidad de establecer una reforma al sistema de resolución de controversias. Desde el inicio de las negociaciones de *La Ronda de Uruguay* en 1986 los Ministros de Comercio declararon que: “[l]as negociaciones deben ayudar a mejorar y a fortalecer las reglas y los procedimientos del proceso de resolución de controversias.”<sup>14</sup> En 1989 las partes contratantes adoptaron un procedimiento interino llamado *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*<sup>15</sup> que sería aplicado hasta el final de *La Ronda de Uruguay*.

Los *Improvements de 1989* establecieron medidas de tiempo más restrictivas para el procedimiento del panel,<sup>16</sup> un estándar de términos de referencia<sup>17</sup> y una vigilancia automática en el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones.<sup>18</sup>

La más reciente propuesta para una reforma permanente del sistema de resolución de controversias ha sido la entablada por el Director General del GATT, Arthur Dunkel, en diciembre de 1991.<sup>19</sup> El texto de Dunkel incorpora los avances de los

---

<sup>12</sup> *Id.* § 10.

<sup>13</sup> *Id.* § 21.

<sup>14</sup> Ministerial Declaration on the Uruguay Round, Sept. 20, 1986, GATT, BISD, 33rd. Suppl. 19, 25 (1987).

<sup>15</sup> *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*, GATT, BISD, 36rd. Suppl. 61 (1989) [en adelante *Improvements de 1989*].

<sup>16</sup> *Id.* § F(f).

<sup>17</sup> *Id.* § F(b).

<sup>18</sup> *Id.* § I.

<sup>19</sup> Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Dec. 20, 1991 GATT Doc. MTN. TNC/W/FA [en adelante el texto Dunkel].

*Improvements de 1989* y desarrolla varias áreas de importancia. El texto establece el derecho a obtener un panel,<sup>20</sup> el derecho para que se adopte el informe del panel<sup>21</sup> y el establecimiento de un Cuerpo de Apelación para oír la apelación de los casos resueltos por los paneles<sup>22</sup> y el derecho para imponer medidas ejecutorias a la parte contratante que incumple.<sup>23</sup>

### **B. El Canada-U. S. Free Trade Agreement (CFTA)<sup>24</sup>**

El mecanismo general de Resolución de Controversias del CFTA codifica y amplía el procedimiento establecido por el GATT.

El sistema consiste de dos mecanismos principales: a) las disposiciones institucionales en el Capítulo XVIII, que gobierna de forma general las controversias bajo el Acuerdo y b) el procedimiento especial del capítulo 19 que gobierna las controversias sobre *antidumping* y cuotas compensatorias. Cada mecanismo provee un panel arbitral binacional con autoridad para hacer determinaciones con carácter vinculante para las partes en controversia.

Ambos capítulos han servido para establecer el modelo para el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (TLC).

Las disposiciones institucionales del capítulo 18 establecen un marco general para establecer la resolución de controversias de Estado-Estado bajo el CFTA. Estas disposiciones aplican a toda disputa o controversia legal que surja bajo el CFTA con la excepción de las materias que envuelven los Servicios Financieros (capítulo 17) y las controversias en materia

---

<sup>20</sup> *Id.* § 4.

<sup>21</sup> El informe del panel será adoptado automáticamente salvo que el Consejo decida por consenso no adoptar el informe. *Id.* § 14.4. De igual manera ocurre con el informe apelado. *Id.* § 15.14.

<sup>22</sup> *Id.* § 15.

<sup>23</sup> El texto Dunkel autoriza la suspensión de las concesiones después que expira un período de tiempo razonable para el cumplimiento. *Id.* § 20.2-3.

<sup>24</sup> CFTA, *supra* nota 4.

*antidumping* y cuotas compensatorias. El sistema resulta ser flexible al permitir que en la situación en que una misma controversia surgiese bajo los dos Acuerdos del GATT y del CFTA, ésta podrá dilucidarse bajo el foro elegido a discreción de la parte querellante.<sup>25</sup>

El mecanismo de resolución de controversias gira principalmente en torno al papel que desempeña la Comisión de Comercio de Canadá-U.S.A., una institución política bilateral compuesta por un representante de cada parte.<sup>26</sup> La Comisión funciona de forma parecida al Consejo del GATT, con amplia autoridad para resolver controversias y para supervisar el cumplimiento del Acuerdo. Su rol primario en la resolución de controversias es facilitar las consultas y las negociaciones entre las partes.<sup>27</sup> En la situación en que una resolución no cumpla con dar fin a una controversia, la Comisión podrá establecer un panel compuesto por expertos para que adjudiquen y viertan una decisión.<sup>28</sup> Una vez el panel toma una decisión ésta es referida a la Comisión, la cual acordará la resolución final de la controversia.<sup>29</sup> El Capítulo XVIII provee un sistema de apelación al procedimiento del panel.<sup>30</sup>

Mientras el sistema del GATT permite una amplia discreción en la adopción de los informes del panel, el CFTA requiere la adopción y el cumplimiento de los informes del panel en la mayoría de los casos,<sup>31</sup> otorgándole de esta manera un mayor peso legal a las decisiones del panel que el propio GATT.

### **El Tratado de Libre Comercio (TLC)**

---

<sup>25</sup> *Id.* art. 1801(2).

<sup>26</sup> *Id.* art. 1802.

<sup>27</sup> *Id.* art. 1805.

<sup>28</sup> *Id.* art. 1807(2).

<sup>29</sup> *Id.* art. 1807(8).

<sup>30</sup> *Id.* art. 1807(9).

<sup>31</sup> *Id.* art. 1807(8).

El 1 de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre México, Estados Unidos de América y Canadá.<sup>32</sup> El texto del Tratado consta de ventidos capítulos que cubren los Aspectos Generales, Comercio de Bienes, Barreras Técnicas al Comercio, Compras del Sector Público, Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, Propiedad Intelectual, Disposiciones Administrativas e Institucionales y otras disposiciones de Excepciones y Finales. Además, incluye anexos con las reservas y excepciones que formularon los tres países a los capítulos de Inversión, Servicios Financieros y al Comercio Transfronterizo de Servicios.

EL TLC contiene tres mecanismos de resolución de controversias localizados en el Capítulo XI que trata sobre inversiones, en el Capítulo XIX que es sobre materia de *antidumping* y las cuotas compensatorias, y el Capítulo XX que versa sobre controversias que surjan entre las partes contratantes,<sup>33</sup> sobre el cual este escrito, en la parte II.B, centrará su estudio.

El marco jurídico general para la resolución de controversias bajo el TLC está contenido en el Capítulo XX, llamado De las Disposiciones Institucionales y Procedimientos Para la Solución de Controversias. El Capítulo XX establece un mecanismo de disposiciones y procedimientos para la solución y prevención de todas las controversias entre las partes relativas a la aplicación o la interpretación del Tratado, o en toda circunstancia en que una parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra parte, es o pudiera ser incompatible con las obligaciones del Tratado, o bien pudiere

---

<sup>32</sup> Tratado de Libre Comercio, *supra* nota 3, Capítulo XX, art. 2001(2).

<sup>33</sup> Asra Q. Nomani & Dianne Solis, *NAFTA Is Facing Difficult Trial in the Congress*, WALL ST. J., Aug. 16, 1993 pág. A3. Chapter 20 only operates upon request by “the three national governments”. Gary N. Horlich & F. Amanda DeBusk, *Dispute Resolution Under NAFTA Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID*, 27 J. WORLD TRADE 21 pág. 35. Chapter 2 of NAFTA contains the general definitions for words and phrases utilized in the text, and though “party” is not defined therein, it is clear from reading NAFTA that Party refers to the national governments of Canada, the United States of America and Mexico.

causar anulación o menoscabo.<sup>34</sup> El mecanismo que establece este capítulo para resolver controversias no es de aplicación a la revisión y solución de controversias en materia de *antidumping* y de las cuotas compensatorias sujetas al Capítulo XIX ni a las controversias de las inversiones entre un miembro y un inversor de la parte de otro miembro bajo el Capítulo XI.<sup>35</sup> El Tratado contempla otros mecanismo de resolución para ser aplicado sobre esas materias.

### A. Consideraciones introductorias

El Tratado de Libre Comercio es un Tratado cuyos objetivos son eliminar obstáculos al comercio, facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las partes, promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias. Los principios en que se basan sus objetivos son en el de trato de nación más favorecida, los de trato nacional y transparencias.<sup>36</sup>

Bajo las teorías tradicionales de la Integración de la Economía, el TLC se encuentra en la fase inicial de la creación de una zona de libre comercio. La integración es un proceso de desarrollo que envuelve algo más que una zona libre de barreras tarifarias o un simple establecimiento de delineamientos de cooperación. Este es un proceso de desarrollo

---

<sup>34</sup> TLC, *supra* nota 3, Capítulo XX, art. 2004 reza así:

Cuando una de las partes considere que bajo una medida que no contravenga el Tratado se nulifican o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir, el Anexo 2004 dispone que las partes afectadas podrán recurrir al mecanismo del capítulo XX sólo bajo las siguientes disposiciones: Segunda parte Comercio de Bienes salvo las relativas a inversión del Anexo 300-A, Comercio e Inversión en el sector automotriz o del Capítulo VI, Energía; Tercera Parte, Barreras Técnicas al Comercio, Capítulo XII, Comercio Transfronterizo de Servicios; o Sexta Parte, Propiedad Intelectual.

<sup>35</sup> TLC, *supra* nota 3, Capítulo XI, art. 1138.

<sup>36</sup> *Id.* art. 101(a-b-c).

que envuelve por lo menos cinco etapas: una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica y una economía completamente integrada.

Según la exposición de Bela Belassa sobre el proceso de la integración, ésta implicaría que:

In a free trade area, tariffs (and quantity restrictions) between the participating members are abolished, but each country retains its own tariffs against non members. Establishing a customs union involves, besides the suppression of discrimination in the field of commodities within the union, equalization of tariffs in trade with non-member countries. A higher form of economic integration is attained in a common market, where not only trade restriction but also restrictions on factor movements are abolished. An economic union, as distinct from a common market, combines the suppression of restrictions on commodity and factor movements with some degree of harmonization of national economic policies. Finally, total economic integration presupposes the unification of monetary, fiscal, social and counter-cyclical policies and requires the setting up of a supranational authority whose decisions are binding on the Member States.<sup>37</sup>

La realidad del TLC demuestra que el mismo no establece desde su fase de gestación, una estructura institucional permanente a pesar de envolver enormes obligaciones económicas.

El TLC es gobernado por una Comisión de un gabinete compuesto por representantes de cada Estado Miembro que se reúne por lo menos una vez al año en sesión ordinaria. Dicha Comisión tiene unos poderes delimitados por el TLC que consisten en supervisar la puesta en práctica del Tratado, vigilar su desarrollo, resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación, supervisar la labor de los comités y conocer de cualquier otro asunto que pudiese

---

<sup>37</sup> Véase Paul A. O'Hop, Jr., *Hemispheric Integration and the Elimination of Legal Obstacles Under a NAFTA-Based System*, 36 HARV. INT'L. L. J. 129 (1995) (citando a BELA BALASSA, 2 THE THEORY OF ECONOMIC INTEGRATION).

afectar el funcionamiento del Tratado.<sup>38</sup> La Comisión podrá delegar su autoridad a comités *ad hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos.<sup>39</sup> Además se prevé que la Comisión establezca sus propias reglas y procedimientos<sup>40</sup> y tome todas las decisiones por consenso.

Del texto íntegro del TLC no se desprende que se haya creado una institución permanente así como hizo desde su inicio el bloque económico de la hoy Unión Europea. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea del 25 de marzo de 1957, llamado también Tratado de Roma estableció desde su inicio cuatro instituciones: la Comisión, un Consejo, una Asamblea y un Tribunal de Justicia.<sup>41</sup>

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ubicado en Luxemburgo, interpreta los Tratados y establece por la vía jurisprudencial principios que han dado origen a un nuevo Derecho llamado el Derecho de la Comunidad Europea. Este Derecho es de aplicación directa y, como resalta el profesor González Navarro en su obra:<sup>42</sup> “No sólo los Estados miembros, en cuanto a tales, no sólo sus órganos, y por supuesto, los jueces sino también los propios particulares quedan directa e inmediatamente afectados por el derecho comunitario.”

---

<sup>38</sup> TLC, *supra* nota 3, Capítulo XX, art. 2001(2).

<sup>39</sup> *Id.* art. 2001(3)a. Este escrito no tiene la intención de hacer un estudio detallado y comparado con el Tratado de Roma, pero estimo necesario resaltar ciertas observaciones desde el punto de vista jurídico para llegar a entender algo más de lo que es el TLC.

<sup>40</sup> *Id.* art. 2012 establece que:

La Comisión establecerá Reglas Modelo de Procedimiento inspirados en los principios de garantizar el derecho de audiencia ante el panel, oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, así como salvaguardar la confidencialidad de los escritos y comunicaciones, las deliberaciones del panel y el informe preliminar.

<sup>41</sup> Tratado de Roma, art. 4. Hay que mencionar que con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993, el art. G-6 hizo sustituir este artículo 4 del Tratado de Roma por lo siguiente: “La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a: un Parlamento Europeo, un Consejo, una Comisión, un Tribunal de Justicia y un Tribunal de Cuentas.”

<sup>42</sup> FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL (1987).

En la *Sentencia del 14 de diciembre de 1971*,<sup>43</sup> y en la *Sentencia del 9 de marzo de 1978*,<sup>44</sup> ambas dictadas por el Tribunal de Luxemburgo se establece el principio rector de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de los estados miembros.

A diferencia del Tratado de la Comunidad Europea que es un tratado de adhesión, el TLC es un tratado de accesoión.<sup>45</sup> Si admitimos que el tratado tiene una naturaleza contractual, podríamos afirmar que en un caso estamos ante la figura del contrato de accesoión y en el otro ante un contrato de adhesión y, como bien sabemos, ambas tienen consecuencias jurídicas distintas.

En la Comunidad Europea cada estado miembro en el acto de su incorporación ha de aceptar el Derecho comunitario, o sea, el derecho producido por vía normativa o jurisprudencial

---

<sup>43</sup> *Politi contra Italia*, asunto 43/71, Rec. 1039. En este caso, el Tribunal de Justicia estableció en su parte pertinente que:

Considerando que conforme a los términos del artículo 189, párrafo segundo, del Tratado (CEE), el reglamento tiene un “alcance general” y “es directamente aplicable en todo Estado miembro”; que por tanto, en razón a su misma naturaleza y a su función en el sistema de fuentes del derecho comunitario, produce efectos inmediatos y es, en cuanto a tal, apto para conferir a los particulares derechos que las jurisprudencias nacionales tienen la obligación de proteger.

<sup>44</sup> El Tribunal de Justicia establece en lo pertinente que:

Considerando que la aplicabilidad directa, contemplada desde esta perspectiva, significa que las reglas del derecho comunitario deben desenvolver la plenitud de sus efectos, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez.

Que así estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y de obligaciones para todos aquellos a los que conciernen, ya se trate de los Estados miembros o de los particulares que son partes en las relaciones jurídicas que hacen relación con el derecho comunitario.

Que este efecto concierne igualmente a todo juez que actuando en el marco de su competencia, tiene, en tanto que el órgano de un Estado miembro por misión tiene el de proteger los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario.

<sup>45</sup> TLC, *supra* nota 3, art. 2204 establece que: “Cualquier país o grupo de países podrán incorporarse a este tratado sujetándose a los términos y condiciones que sean convenidos entre ese país o grupo de países y la Comisión, y una vez que su accesoión haya sido aprobada de acuerdo con los procedimientos legales aplicables de cada país.”

vigente hasta ese instante. Dicha aceptación se rige por el principio llamado del Acervo Comunitario (*aquis communautaire*).<sup>46</sup> El Acervo Comunitario no es negociable y como comenta Francis Jacobs:

Recubre el conjunto del derecho, de la jurisprudencia y de la práctica comunitaria, e implica la aceptación por los nuevos Estados miembros de las obligaciones formales contenidas en los tratados comunitarios y de la legislación comunitaria, así como también, de manera más general, de todas las cuestiones que, bajo diferentes rúbricas, forman parte de las actividades de las Comunidades desde su comienzo.<sup>47</sup>

Por su parte, González-Navarro en su obra expone cómo una institución ha servido a la integración del sistema jurídico tan diverso de la Comunidad Europea:

El supersistema comunitario, en el que conjuntos jurídicos distintos por responder a principios diversos, han de conjugarse de manera armónica, ha podido ser tal, ha podido constituirse como un sistema superior y omnicompreensivo gracias a esa labor de creación pretoriana del derecho llevada acabo por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.<sup>48</sup>

Centrándonos en el TLC, según Frederick Abott: “[t]he agreement creates no obligation to harmonize and grants no institution the power to mandate harmonization.”<sup>49</sup> Continúa diciendo que:

---

<sup>46</sup> DIEGO LÓPEZ GARRIDO, EL TRATADO DE MAASTRICHT 58 (1992), (el art. B reza en lo pertinente: “La Unión tendrá los siguientes objetivos: mantener íntegramente el acervo comunitario.”).

<sup>47</sup> FRANCIS JACOBS, LE TRAITÉ D’UNION EUROPÉENNE, COMMENTAIRE DU PROJECT ADOPTÉ PAR LE PARLEMENT EUROPÉEN 48-49 (1985). (citado en GONZÁLEZ-NAVARRO, *supra* nota 42, pág. 352.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, *supra* nota 42, pág. 351.

<sup>49</sup> Frederick M. Abbot, *Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime*, 40 THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 917, 936 [en adelante AM. J. COMP. L.].

In the mayor areas in which the establishment of harmonized rules might have been considered, for example, services and investment regulation, the NAFTA makes no concrete proposals. The country parties will each maintain their own regulatory schemes, subject to the broad proviso that they provide each other's enterprises with national and most favored nation treatment. This is a major trade-related accomodation, but cannot be mistaken for harmonization of law. The NAFTA Commission has no power to mandate the aproximation of laws in these areas.<sup>50</sup>

Con todo lo anterior expuesto, quiero concluir en esta primera parte diciendo que los Estados, al incorporarse al TLC por accesión, sólo entran con la obligación de respetar las condiciones negociadas antes de su ingreso y lo pactado en el Tratado. No existe nada parecido como el principio del Acervo Comunitario para que los Estados incorporantes queden obligados en aceptar un Derecho supranacional que los obligue, de manera directa e inmediata, a deslegalizar su propio sistema jurídico, con el fin de que éste quede totalmente armonizado con el resto de los Estados miembros al incorporarse.

El TLC no tiene una institución que brinde la labor pretoriana de armonizar las legislación de los Estados miembros, no ha establecido un mecanismo obligatorio que permita facilitar, acelerar y armonizar un trámite de la conversión de la norma del Tratado Internacional en norma interna. Si partimos que las tres partes tienen un régimen dualista, la eficacia de la norma contenida del Tratado exigirá un acto posterior de conversión en derecho interno de la norma contenida en el Tratado en cada Estado miembro, por lo que el proceso de armonización de las legislaciones entre las partes se torna lento y ambiguo. El TLC deja a las partes la adopción de todas las medidas necesarias para dar vigencia a las disposiciones del Tratado y su observancia por los gobiernos estatales y los de provincia.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> TLC, *supra* nota 3, art. 105.

## **B. Capítulo XX: Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias**

### **Las reglas y los procedimientos**

#### **1. Selección del foro**

Las controversias que surjan con relación a lo establecido por el TLC y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en los convenios negociados conforme al mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor del GATT podrán ser resueltos en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante. Si una de las partes reclamantes elige el foro del GATT alegando fundamentos sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar al TLC, antes de iniciar el procedimiento de solución de controversias contra la otra parte en dicho foro deberá notificar previamente a la tercera parte su intención de hacerlo.

La tercera parte si no desea someterse al foro del GATT, deberá comunicárselo a la parte notificadora lo antes posible y esas partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia se solucionará según los lineamientos del TLC.<sup>52</sup>

Una vez se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al TLC (art. 2007) o bien conforme al GATT el foro seleccionado será excluyente del otro.<sup>53</sup> Se entenderá iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel, de acuerdo con el Artículo XXIII:2 del GATT de 1947, o la investigación por parte de un comité, como se dispone en el Artículo 20.1 del Código de Valoración Aduanera.

---

<sup>52</sup> *Id.* art. 2005(1)(2).

<sup>53</sup> *Id.* art. 2005(6) (este artículo establece una excepción a la exclusión del foro y es que una de las partes presente una solicitud de acuerdo con los párrafos tres y cuatro del mismo artículo).

## 2. Mecanismo de resolución

EL TLC establece un mecanismo de resolución de controversias escalonado en tres fases:

- a. consultas
- b. reuniones con la Comisión
- c. la formación de un panel.

### a. Consultas

Las partes mediante la cooperación y las consultas a la Comisión deberán buscar un acuerdo para solucionar satisfactoriamente cualquier problema que surja en la interpretación y en la aplicación del tratado.<sup>54</sup> Las consultas habrán de ser solicitadas por escrito a su sección del secretariado y a las otras partes. El contenido de la consulta deberá aportar la información suficiente que permita realizar un examen completo de la forma en que se vería afectado el funcionamiento del Tratado y esta información que se intercambie en las consultas ha de ser confidencial o reservada y conllevarán un trato de reciprocidad en dichas entregas.<sup>55</sup>

### b. Reuniones de la Comisión

Cualquiera de las partes solicitantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión, si no logran resolver un asunto conforme al artículo 2006 dentro de un plazo de treinta días después de la entrega de la solicitud para las consultas y de cuarenta y cinco días después de la entrega de una solicitud cuando cualquier parte haya solicitado consultas subsecuentemente o participado en las relativas al mismo asunto.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Id.* art. 2003.

<sup>55</sup> *Id.* art. 2006(1),(3),(5-a,b).

<sup>56</sup> *Id.* art. 2007(1)(a-b).

La solicitud debe incluir en su contenido la medida u otro asunto que sea objeto de la reclamación e indicará la disposición del Tratado que considere aplicable. La parte solicitante entregará la solicitud a la sección de su secretariado y a las otras partes.<sup>57</sup>

La Comisión, salvo que se decida otra cosa, se reunirá en los diez días siguientes de la entrega de la solicitud, y se avocará sin demora a la solución de la controversia. Para la pronta resolución de la controversia la Comisión podrá convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios, así como recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución de controversias. Además, podrá formular recomendaciones para apoyar a las partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.<sup>58</sup>

### **c. Procedimiento ante los paneles**

Una vez la Comisión se haya reunido<sup>59</sup> y no hubiera resuelto la solicitud dentro de los treinta días posteriores a la reunión u otro período que las partes consultantes hayan acordado, cualquiera de éstas podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. A la entrega de la solicitud, la Comisión establecerá un panel arbitral.<sup>60</sup>

## **3. Selección del panel**

Las partes formarán una lista de hasta treinta individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesaria para ser árbitros. Los miembros de la lista serán electos por consenso, por un período de tres años y podrán ser reelectos.

Los miembros de la lista deben contar con conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional

---

<sup>57</sup> *Id.* art. 2007(3).

<sup>58</sup> *Id.* art. 2007(4-5).

<sup>59</sup> Conforme a lo establecido en *id.* art. 2007(4).

<sup>60</sup> *Id.* art. 2008(1)(a-c)(2).

o en otros asuntos o materias que dispone el TLC y satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión.<sup>61</sup> El criterio para la selección de los árbitros se basan en los principios de objetividad, confiabilidad y buen juicio.

El mecanismo para formar el panel estriba en dos situaciones: si hay dos partes contendientes o si hay más de dos partes contendientes. Cuando existan dos partes contendientes el panel se integrará por cinco miembros, dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud para su integración. En la situación en que no se llegue a un acuerdo para seleccionarlo, una de las partes electa por sorteo designará como presidente, en el plazo de cinco días, a un ciudadano que no sea de la parte que designa. Una vez designado el presidente, dentro de los quince días cada parte contendiente seleccionará a dos panelistas que sean ciudadanos de la otra parte contendiente. De no elegir una de las partes a sus panelistas, éstos se seleccionarán por sorteo entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra parte contendiente.

Cuando hayan más de dos partes contendientes el procedimiento será de igual forma que el de dos partes contendientes excepto en la situación que las partes contendientes no lleguen a un acuerdo sobre la elección del presidente en el período de quince días siguientes a la entrega de la solicitud de integración del panel, la parte o las partes del lado de la controversia escogido por sorteo seleccionarán en el plazo de diez días un presidente, que no sea ciudadano de dicha parte o partes. Una vez el presidente ha sido seleccionado, la parte demandada escogerá dos panelistas, cada uno de los cuales será nacional de cada una de las partes reclamantes y éstos, a su vez, elegirán dos panelistas que sean nacionales de la parte contra la que se dirige la reclamación.

#### **4. Informe preliminar y determinación final**

---

<sup>61</sup> *Id.* art. 2009(1), (2-a-c).

Dentro de los noventa días siguientes al nombramiento del último árbitro, o en cualquier otro plazo que determinen las Reglas Modelo del Procedimiento establecido por la Comisión, el panel deberá presentar un informe preliminar.<sup>62</sup>

El panel basará su informe preliminar en los argumentos y comunicaciones presentados por las partes y en cualquier información que haya recibido de expertos o comités de revisión científica, a menos que las partes hayan acordado otra cosa. En su contenido deberá aparecer las conclusiones de hechos, la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado, o es causa de anulación o menoscabo, o cualquier otra determinación solicitada en el acta y sus recomendaciones para resolver la controversia.<sup>63</sup>

El panel, en un plazo de treinta días a partir de la presentación del informe preliminar, salvo que las partes contendientes hayan convenido otra cosa en su lugar, deberá entregar a las partes una determinación final. Esta determinación final se publicará quince días después de su comunicación a la Comisión, a menos que la Comisión disponga otra cosa.<sup>64</sup>

Las partes contendientes una vez han recibido la determinación final del panel convendrán en la solución de la controversia y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado. La resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con el tratado o que sea causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004, a falta de resolución podrá otorgarse una compensación.<sup>65</sup>

## 5. Eficacia de la decisión del panel

---

<sup>62</sup> *Id.* art. 2016(2).

<sup>63</sup> *Id.* art. 2016(2a-b-c-).

<sup>64</sup> *Id.* art. 2017(1), (2), (4).

<sup>65</sup> *Id.* art. 2018(1)(2).

Cuando la determinación final del panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones establecidas en el Tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004 y la parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la determinación final, la parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte contra la cual dirigió la reclamación, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.<sup>66</sup>

La parte reclamante, al suspender los beneficios antes mencionados, procurará primero suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida y, si de esto no resultar factible ni eficaz, podrá suspender beneficios en otros sectores.<sup>67</sup>

La parte contendiente de entender que la suspensión de beneficios es excesiva, podrá solicitar por escrito a la Comisión que instale un panel para que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que la otra parte suspendió. Los procedimientos de este panel se seguirán conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento y deberá presentar una determinación dentro de los sesenta días siguientes a la elección del último árbitro, o en cualquier plazo que las partes contendientes hayan establecido.<sup>68</sup>

## 6. Legitimación de la tercera parte

El TLC reconoce la participación de terceras partes en el procedimiento para la solución de controversias. Cuando una tercera parte considere que tiene interés sustancial en un asunto como parte reclamante tendrá derecho a participar mediante entrega de la notificación escrita de su intención de participar a

---

<sup>66</sup> *Id.* art. 2019(1).

<sup>67</sup> *Id.* art. 2019(2-a-b).

<sup>68</sup> *Id.* art. 2019(3)(4).

su sección del Secretariado y a las partes contendientes. La solicitud habrá de hacerla dentro de los siete días a partir de la fecha en que una de las partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel.<sup>69</sup>

La tercera parte que considere tener interés sustancial en un asunto estará legitimada para participar en las consultas mediante entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las otras partes salvo que la Comisión disponga otra cosa en sus Reglas y procedimientos establecidos según el artículo 2004(4) del TLC.<sup>70</sup>

El TLC también reconoce el derecho a la participación de la tercera parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a las partes contendientes y a su sección del Secretariado, a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las partes contendientes.

## **7. Interpretación del Tratado ante instancias judiciales y administrativas internas**

La Comisión podrá acordar en dar una respuesta adecuada cuando una cuestión de interpretación o de aplicación del TLC surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una parte y cualquier parte considere que amerita su intervención, o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite opinión de alguna de las partes. La interpretación acordada por la Comisión deberá ser presentada por la parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo. Si la Comisión no logra un acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, conforme con los procedimientos de dicho foro.<sup>71</sup>

## **8. Derecho de particulares**

---

<sup>69</sup> *Id.* art. 2008(3).

<sup>70</sup> *Id.* art. 2006(3).

<sup>71</sup> *Id.* art. 2020(1)(2)(3).

El TLC veda a las partes de otorgar un derecho de acción vía legislación interna contra cualquiera de las otras partes con fundamento en que una medida de otra parte es incompatible con el TLC.<sup>72</sup>

Por lo que el TLC, al ser categórico respecto a crear un derecho de acción vía legislación interna, deja a las personas físicas o jurídicas en una posición precaria frente al gobierno quien es el único legitimado para representarlos en el caso de tener éstos algún interés sustancial en protegerse de alguna medida establecida por el TLC.

Por otro lado, el TLC promueve y facilita el recurso al arbitraje entre particulares y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales en la zona libre de comercio,<sup>73</sup> en este sentido el TLC es un tratado que confía en la voluntad de las partes para establecer el medio más eficaz a sus intereses para resolver las diferencias surgidas a raíz de sus relaciones mercantiles internacionales.

Además el TLC deja en manos de las partes firmantes la creación de procedimientos adecuados que sirvan para velar por la seguridad del cumplimiento de los laudos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se decidan en las controversias.<sup>74</sup> Se entiende que las partes cumplen con la exigencia anterior si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de New York)<sup>75</sup> o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, celebrada en la ciudad de Panamá (Convención Interamericana).

### **El Arbitraje Comercial Internacional**

---

<sup>72</sup> *Id.* art. 2021.

<sup>73</sup> *Id.* art. 2022(1).

<sup>74</sup> *Id.* art. 2002(2).

<sup>75</sup> U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, N.Y., Jun. 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 320 U.N.T.S. 38.

## 1. Introducción

El tráfico mercantil internacional requiere de un mecanismo que le dé certeza a las múltiples transacciones e intercambios comerciales que se suceden a diario entre las empresas de distintos países.

El Arbitraje Comercial Internacional es aquel medio jurídico establecido, ya sea por vía de Convenio o Tratado Internacional, para la resolución de controversias que puedan ser objeto de una acción existente en el presente o en el futuro, donde dos o más partes por la autonomía de la voluntad eligen por sí mismas o a través de mecanismos establecidos por ellas mismas, a personas a los que se les encomiendan llegar a una decisión obligatoria llamada sentencia arbitral o laudo arbitral, poniendo fin a las diferencias surgidas. Posteriormente esta sentencia arbitral requerirá del *exequatur* para su reconocimiento y ejecución en el foro respectivo.

El TLC utiliza una norma material para que los particulares ya sean personas físicas o jurídicas resuelvan sus controversias mediante un Arbitraje Internacional.<sup>76</sup> Por otro lado el TLC brinda un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes, les da la facultad de establecer un convenio arbitral donde podrán elegir el derecho sustantivo y procesal que ha de regir la relación mercantil y podrá ser utilizado por los árbitros en caso que ocurra una controversia.

## 2. Las clases de Arbitraje Comercial Internacional

En su obra, el profesor Alfonso Luis Calvo Caravacca<sup>77</sup> establece en una forma tripartita la clasificación del Arbitraje Comercial Internacional:

### i. Las partes

---

<sup>76</sup> TLC, *supra* nota 3, art. 2022(1).

<sup>77</sup> LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACCA, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 278 (1993).

Las partes que intervienen en el arbitraje internacional pueden ser particulares entre sí, ya sean personas físicas o jurídicas, o entre particulares y Estados.

## ii. Por el órgano y el procedimiento arbitral

Estos pueden ser el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje Institucional. El arbitraje *ad hoc* es creado por las partes que gozan de una gran infraestructura y deciden tener un control del procedimiento arbitral por sí mismas, son los que designan a los propios árbitros sin delegar en terceras personas, el arbitraje surge en grandes controversias. El arbitraje institucional se da en la situación en que las partes requieren los servicios de una Organización, la cual desarrolla un procedimiento al que las partes se someten para que sus diferencias sean resueltas, normalmente la Organización es quien selecciona los árbitros a partir de su propio banco celosamente elegido.

Estas organizaciones pueden estar especializadas en una materia (*Corn Trade Association*) o bien darse a una labor más general (*American Arbitration Association*).

## iii. Por la solución dada al fondo del asunto

El arbitraje comercial internacional puede ser de Derecho o de Equidad, *ex aequo et bono*.

En el arbitraje de Derecho los árbitros han de aplicar el derecho sustantivo y procesal fijado en el convenio arbitral por las partes como si fueran jueces y deberán llegar a una determinación final. Mientras que en el arbitraje de equidad, los árbitros seleccionados por las partes toman la decisión como lo harían unos amigables componedores (*amicable compositeur*) o bien bajo las nociones tradicionales de la equidad y la justicia (*ex aequo et bono*) o también utilizando la ley elegida por las partes, pero decidiendo en equidad. De todas formas deberán llegar a una decisión final utilizando sus conocimientos y destrezas personales de la forma más justa y equitativa.

El árbitro seleccionado en el arbitraje de equidad debe “hacer justicia tal como él ve la cosa, aplicando su propio sentido de la ley y la equidad.”<sup>78</sup>

Ambos tipos de árbitros deberán actuar dentro del marco establecido por el convenio arbitral y obedecer como mínimo las normas de *jus cogens* o de orden público.

### 3. El convenio arbitral

Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado Convenio Arbitral confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente por ellas mismas.<sup>79</sup> El convenio es un acuerdo entre las partes para resolver una diferencia que surja en el presente (compromiso arbitral) o bien para prever un mecanismo de resolución a una controversia que un futuro pudiere manifestarse (cláusula compromisaria).<sup>80</sup> El convenio, por lo general, es por escrito y requiere de la capacidad legal y el poder de las partes para que obtenga validez jurídica. La relación entre las partes para llevar a cabo un convenio no requiere que sea contractual, cabe establecer un arbitraje siempre que exista una conexión mercantil internacional entre las partes.

La Convención de New York expone en su artículo II.1 que:

Cada uno de los estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual,

---

<sup>78</sup> Silverman v. Benmar Coats, Inc., 461 N.E. 2d 1261, 1266 (1984).

<sup>79</sup> P. Bernardini, *The Arbitration Clause of an International Contract*, 2 J. INT'L. ARB 45-60 (1992) (citado en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *supra* nota 77, pág. 284).

<sup>80</sup> Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, art. 7(1), U.N. Comm'n on Int'l. Trade Law (1985) (citado en RESTATEMENT THIRD OF FOREIGN RELATIONS LAW, § IV, Ch. 5 (1987)). Este modelo fue adoptado por la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas el 21 de junio de 1985.

concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.<sup>81</sup>

De igual forma la Convención Interamericana en su artículo I dispone que: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a una decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio jurídico.”<sup>82</sup>

En cuanto a la forma que ha de guardar este convenio arbitral tanto la Convención de New York<sup>83</sup> como la Convención Interamericana exigen que sea por escrito y firmado por las partes.<sup>84</sup> El artículo II.1 de la Convención de New York y el artículo I de la Convención Interamericana lo que establecen es una norma material especial para el tráfico externo de origen convencional donde establece que el aparato judicial de cada Estado miembro debe reconocer la validez formal del convenio arbitral suscrito por las partes.

Ambas Convenciones facultan a las partes a elegir libremente la ley sustantiva aplicable que habrá de regir el convenio arbitral y las decisiones de los árbitros, así como también les da margen para seleccionar la ley procesal aplicable al procedimiento arbitral, les permiten a las partes un espectro amplio para combinar la ley a los mejores intereses de sus relaciones mercantiles. En ambas Convenciones requieren que la autonomía de la voluntad de las partes despliegue sus efectos a través del Convenio Arbitral en un ordenamiento estatal como

---

<sup>81</sup> U. N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, N.Y., Jun. 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 [en adelante Convención de New York].

<sup>82</sup> Interamerican Convention on International Commercial Arbitration, Pub. L. No. 101-39, 104 Stat. 675 (1990).

<sup>83</sup> U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, *supra* nota 81, art. I.2: “La expresión “acuerdo” por escrito denotará una cláusula compromisaria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

<sup>84</sup> *Id.* art. I.2: “El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.”

consecuencia que toda sentencia arbitral debe estar conectada con un ordenamiento jurídico estatal.

#### 4. El procedimiento arbitral

En ambas convenciones se faculta a las partes a elegir la ley aplicable en la formación del tribunal arbitral o procedimiento arbitral y en su defecto establece una conexión subsidiaria, donde se aplicará la ley del lugar de celebración del arbitraje.<sup>85</sup> De existir cualquier irregularidad en el procedimiento este puede ser causa de oposición en el *exequatur*.

Sobre la composición del órgano arbitral se deja en manos de las partes, quienes podrán en la forma que convengan nombrar los árbitros, incluso pueden delegar a un tercero sea persona física o jurídica la designación de éstos. Los árbitros podrán ser extranjeros o nacionales.<sup>86</sup>

#### 5. El laudo arbitral o la sentencia arbitral

El Procedimiento Arbitral finaliza cuando el órgano ante el cual se ha planteado la disputa emite la decisión obligatoria, éste es el llamado Laudo Arbitral o Sentencia Arbitral. Una vez dictada la Sentencia Arbitral para que despliegue sus efectos deberá pasar por el *exequatur* del foro en que se desea ser reconocida y ejecutada.

La Convención Interamericana<sup>87</sup> establece la presunción de validez y de firmeza del laudo arbitral emitido si éste no ha sido impugnado por ninguna de las partes.

---

<sup>85</sup> Interamerican Convention on International Commercial Arbitration, *supra* nota 82, art. 5(d): "Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral que no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje." (de igual forma describe esta situación la Convención de New York, *supra* nota 81, en su artículo V.1.d).

<sup>86</sup> *Id.* art. 2.

<sup>87</sup> *Id.* artículo 4 dispone que:

Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables, según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutada. Su

## 6. Los recursos ante las sentencias arbitrales

Sólo a instancia de parte puede impugnarse la sentencia o laudo arbitral si prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución que:

- i. Las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable, en su defecto la ley del lugar donde se dictó el laudo.
- ii. El acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido y en su defecto la ley del lugar donde se dictó el laudo.
- iii. Hubo violación del debido proceso de ley, la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje.
- iv. No haya podido por cualquier razón hacer valer sus medios de defensa.
- v. La diferencia surgida no estaba prevista en el contenido del acuerdo que las partes sometieron al procedimiento arbitral.
- vi. La sentencia no es aún obligatoria para las partes, ha sido suspendida o ha sido anulada.

La autoridad competente del Estado donde se pronunció el laudo arbitral o de aquél cuya ley se aplicó al procedimiento, podrá anularla o suspenderla e impedir su reconocimiento y ejecución. También podrá denegar su reconocimiento y ejecución si, según la ley del Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía arbitraje o que el reconocimiento y ejecución de la sentencia sean contrarios a su orden público o *jus cogens*. La autoridad competente también podrá aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia.<sup>88</sup>

---

ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los Tratados Internacionales.

<sup>88</sup> Dr. Albert Jan Van Den Berg, *New York Convention 1958, Commentary Cases*, VIII Y. B. OF COMMERCIAL ARBITRATION 337-359 (1983).

## 7. La etapa postarbitral

La Convención de New York al igual que la Convención Interamericana tienen el fin primordial de favorecer la eficacia extraterritorial de las sentencias arbitrales.<sup>89</sup> Ambos Convenios reconocen cualquier decisión de naturaleza arbitral que sea extranjera y con independencia de quiénes sean las partes y la materia que recaiga sobre el laudo arbitral.<sup>90</sup>

La parte interesada en el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral deberá en el momento de su solicitud suplir un original autenticado de la sentencia arbitral o una copia debidamente certificada y presentar el convenio arbitral o una copia certificada del mismo. En la situación que requieran los documentos una traducción, ésta deberá ser certificada por un traductor debidamente juramentado y oficial o por un diplomático o agente del cuerpo consular.<sup>91</sup>

## 8. La elección de la ley sustantiva aplicable al convenio arbitral internacional

El Contrato de Comercio Internacional debe contener una cláusula donde establezca la ley aplicable que habrá de regir el arbitraje en orden de asegurar unos criterios neutrales y predecibles para resolver cualquier diferencia que pudiese surgir del contrato. El incluir la cláusula como conocer la ley sustantiva aplicable al contrato son actos que ahorran tiempo e inconvenientes sorpresivos a la hora de surgir una diferencia en el negocio jurídico entre las partes.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Véase Hans Harnik, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 31 AM. J. COMP. L. 703 (1983).

<sup>90</sup> Convención de New York, art. I. 3 *in fine*.

<sup>91</sup> *Id.* art. V, para. 1.

<sup>92</sup> "A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction." *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 at 516 (1973).

Las partes acordantes en una transacción internacional a veces pasan por alto la designación de la ley que habrá de regir el convenio en caso de disputa; en ocasiones esto ocurre porque las partes después de un período largo de negociaciones al llegar a la etapa de seleccionar la ley aplicable se encuentran con numerosos obstáculos.

A veces las partes provienen de distintos países con diferentes sistemas legales<sup>93</sup> y no se ponen de acuerdo en la

---

<sup>93</sup> En la clasificación de sistemas jurídicos de Wigmore establece que hay dos sistemas, el de base romanista (Alemania, España, Francia, Italia, Dinamarca y Portugal) y el de base angloamericana (Gran Bretaña). Si utilizamos la clasificación de Losano, ésta agrupa a los sistemas jurídicos en cuatro categorías: el de base angloamericana (Gran Bretaña), el de base germánica (Alemania), el de base romanista (Francia, Italia, Holanda y Portugal), el fusionado de base romanista-eslava (Dinamarca) y el fusionado de base romanista-germánica (España). Véase MARIO G. LOSANO, *LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS* 300-309 (1982). Por último, si adoptamos el agrupamiento que hace David, tendríamos que éste consta de dos sistemas jurídicos: el angloamericano (Gran Bretaña) y el romano-germánico (Alemania, España, Francia, Portugal, Italia, Holanda y Dinamarca). Véase RENÉ DAVID, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAIN* (1966).

El Derecho de estos países europeos pasó a través de la historia a los Estados del Nuevo Mundo no sin antes haber sufrido distintas transformaciones durante su proceso de formación y vigencia, a pesar de todo aún hoy en día mantienen sus bases en el derecho del Viejo Mundo. Véase De los Mozos, *Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho Privado Iberoamericano*, 60 REV. DERECHO PRIVADO 77 (1976). Catalano, *Sistema jurídico latinoamericano y Derecho romano*, 85 REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 85 (1982). Segal, Pinto & Colautt, *Aperçu Sur les Systèmes Juridiques de l'Amérique du Sud*, 65 INTERN. DROIT COMPARE 105, 1108-115 (1988). J. CASTÁN TOBEÑAS, *LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS DEL MUNDO OCCIDENTAL* 43 y ss. (1957).

Véase además Alejandro M. Garro, *Uniform and Harmonization of Private Law in Latin America*, 40 AM. J. COMP. L. 587, 605-607 (1992) (donde estableció una clasificación del Código Civil por grupos en América Latina que amerita ser mencionada en este escrito. En un primer grupo establece a países que tienen el Código Civil una traducción casi idéntica del Código Civil francés que son Haití (1825-1830) y la República Dominicana (1845-1884). En un segundo grupo clasifica a Puerto Rico y a Cuba donde ambos adoptaron el Código Civil español de 1889, donde sus sistemas han sido influenciados enormemente, en el caso de Cuba por las nociones legales socialistas y las relaciones de comercio con la Ex-Unión Soviética y países del este europeo. Y en el caso de Puerto Rico por los intercambios comerciales internacionales donde ha adoptado el sistema estructural normativo federal y los conceptos norteamericanos en sus procedimientos. Un tercer grupo lo representan los países de América Central que adoptaron el Código Civil español de 1889 a principios del siglo. Este es el caso de Honduras (1906) y Panamá (1916). Un cuarto grupo lo componen países que, aunque tienen influencia del Código Civil francés,

selección específica de la ley aplicable y ante esta situación prefieren dejar el *issue* abierto que no dar por concluido el contrato o bien porque establecen un arbitraje *ex aequo et bono*.

En las situaciones en que sólo se selecciona la ley sustantiva aplicable al arbitraje, habrá que acudir a una norma de conflicto para que resuelva la ley que debe regir sobre el procedimiento arbitral. En aquella situación en que ambas partes no hayan seleccionado la ley aplicable al convenio dejan en manos de los árbitros la facultad de escoger la ley aplicable sujeta siempre a una norma de conflicto. El árbitro, por lo general ante la ausencia de elección de la ley aplicable por las partes, tiene a su alcance las siguientes opciones para llevar a cabo su selección:

1. La ley del lugar del arbitraje;
2. La ley nacional del árbitro;
3. La ley nacional de las partes;
4. La ley del lugar donde el contrato fue concluido;

---

han realizado códigos de una naturaleza más ecléctica y hasta un punto son considerados de su propia inspiración y técnica. Dentro de este grupo mencionamos el Código Civil de Chile (1855) redactado por el venezolano Andrés Bello, el Código Civil de Argentina (1869) redactado por Dalmacio Vélez Sársfield y el Código de Brazil redactado por Augusto Teixeira de Freitas (1856). El Código Civil de Chile de 1855 fue más tarde adoptado por El Salvador y el Ecuador en 1860, subsiguientemente por Colombia en 1873. El Código Civil de Argentina (1869) tiene influencia del Código Civil de Francia, Italia y España. Paraguay adoptó el Código Civil de Argentina de 1876).

Hay que señalar que dentro del sistema legal norteamericano existe otra jurisdicción con un Código Civil de arraigo románico con grandes influencias del Código Napoleónico, es el del estado de Louisiana, que lógicamente ha sufrido a través de los años su influencia angloamericana. Por último, hay que resaltar que el sistema de Canadá, aunque está basado en el *Common Law* inglés, el cual aplica a todas sus provincias, tiene una excepción y es la de la provincia de Quebec, donde el Código francés ha sido preservado. El Código Civil de Quebec, también se conoce como *The Coutume of Paris*, sigue siendo aplicado a todos los canadienses de habla francés bajo el *Quebec Act of 1774*, el cual le garantiza la preservación de los derechos tradicionales y sus costumbres adquiridas desde el viejo Código Civil francés.

A través de todas estas clasificaciones podemos observar, salvo la excepción de Quebec, que la jurisdicción de Puerto Rico junto con la del Estado de Louisiana son las únicas que ofrecen un sistema legal híbrido, al utilizar el *Common Law* inglés y el Código Civil de origen romanista para resolver sus controversias en todo el Hemisferio. Véase Manuel Rodríguez Ramos, *Interaction of Civil Law and Angloamerican Law in the Legal Method in Puerto Rico*, 23 TULANE LAW REV. 32, 32-344 (1948). Véase además Rodolfo Batiza, *Louisiana Civil Code of 1808: It's Actual Sources and Present Reference*, 46 TULANE LAW REV. 4 (1971).

5. La ley del lugar donde el contrato debe ser ejecutado;
6. La ley del contrato<sup>94</sup>

A continuación se detallan ciertas teorías sobre la selección de la norma de conflicto por los árbitros, cuando las partes descuidan en establecer la ley aplicable y surge el arbitraje.

La teoría de Sauser-Hall establece que cuando las partes no han seleccionado la ley aplicable al contrato, las normas de conflicto del país donde está ubicado el tribunal arbitral serán las que apliquen al caso. A finales de la década de 1950, esta postura fue adoptada por el artículo 11 de la Resolución de Amsterdam.<sup>95</sup>

Mann, quien apoya la teoría de Sauser-Hall, sostiene que: "Tal como un juez tiene que aplicar la ley internacional privada del foro, de igual forma el árbitro debe aplicar la ley internacional privada del lugar del tribunal arbitral, *lex arbitri*."<sup>96</sup>

Otras teorías han sugerido que las normas de conflicto conectadas al árbitro (ley personal, nacionalidad, residencia, domicilio) deben ser las que apliquen bajo estas situaciones, además, los exponentes de esta teoría arguyen que la norma de conflicto de una de las partes en controversia también puede ser la aplicable, así como también la ley internacional privada del lugar donde será ejecutado el laudo arbitral.

Otra de las teorías es la aplicación acumulativa de las normas de conflicto conectadas a la controversia. El máximo exponente de esta teoría es Derains, ex-secretario de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio.<sup>97</sup> El árbitro en una primera instancia busca normas de conflictos en todos los sistemas que estén en conexión con la controversia. Una vez el árbitro ha hecho su investigación y análisis puede basar su

---

<sup>94</sup> Carlos Craff, *The Applicable Law in International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Law Problem?*, 16 INT. LAW 613, 629 (1982). (traducción nuestra).

<sup>95</sup> *Id.* pág. 625 (citando al *Annuaire De l'Institut de Droit International*, 496 (1957-II)).

<sup>96</sup> *Id.* pág. 614 (citando a Mann, *Lex Facit Arbitrum, In Liber Amicorum for Martin Domke*, 157 (The Hague 1967)).

<sup>97</sup> *Id.* (citando a Derains, *L' Application Cumulative Par L'Arbitre Dey Systèmes de Conflict de Lois Intérésés Au Litige*, REV. ARB. 99 (1972)).

decisión en una selección acumulativa de diferentes normas de conflicto que den respuesta y lleguen a una misma solución de la controversia, en lugar de aplicar una sola norma de conflicto

Por último, las Organizaciones (si las partes se han sometido) ante una situación en que las partes no seleccionaron la ley aplicable suplen unas reglas a ser seguidas por los árbitros, por ejemplo; *The International Chamber of Commerce o The United Nations on International Trade Laws*<sup>98</sup> establecen en sus reglas que los árbitros aplicarán la ley designada por la norma de conflicto que ellos encuentren más apropiada. Esta norma de conflicto podrá decidir por ejemplo que se aplique la ley donde se celebró el contrato o donde se ejecutó el contrato, y así un largo trecho de posibilidades que puede crear la norma de conflicto y quienes decidirán cual será la ley aplicable ya no serán las partes, sino los propios árbitros designados.

#### A. La situación en los Estados Unidos de América

En los Estados Unidos (incluye la jurisdicción de Puerto Rico), ante la situación antes planteada, resuelve la jurisprudencia del Tribunal Supremo Nacional que: “La selección del foro implica la selección de la ley sustantiva del foro.”<sup>99</sup>

En los Estados Unidos es por vía jurisprudencial que se faculta a las partes para que a través de la autonomía de la voluntad elijan libremente la ley sustantiva aplicable a un arbitraje de comercio internacional.<sup>100</sup> Nadie puede ser compelido a un arbitraje si no lo han acordado por contrato.<sup>101</sup>

En 1925 fue creado el *United States Arbitration Act* <sup>102</sup> y enmendado en 1982. En la actualidad sigue en vigencia para

---

<sup>98</sup> ICC Rules, art. 13.3, reimpresso en 4 I.L.M. 532 (1965) y ICSID Rules, art. 42.1, reimpresso en 15 I.L.M. 701 (1976)

<sup>99</sup> Scherck v. Alberto Culver, 417 U.S. 506 (opinión disidente de Douglas).

<sup>100</sup> *Id.* págs. 507 y ss.

<sup>101</sup> AT&T Technologies v. Communication Workers of America, 106 S. Ct. 1415 (1986).

<sup>102</sup> Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-14 (1982).

todo el territorio norteamericano. El estatuto rige como ley federal sustantiva en todos los contratos que esté envuelta una transacción internacional.<sup>103</sup> La Corte del Tribunal Supremo Nacional ha sostenido que el *Arbitration Act* es un cuerpo de leyes federales sustantivas que gobiernan las cuestiones de arbitrariedad surgidas de las transacciones interestatales e internacionales y que operan en las cortes federales y locales.<sup>104</sup> El *Arbitration Act* ocupa el campo ante cualquier ley estatal que la contradiga siendo la ley federal quien rige sobre cualquier cuestión que se plantee sobre la validez, construcción, interpretación y cumplimiento del convenio arbitral internacional.<sup>105</sup>

Por vía jurisprudencial se ha resuelto que la ley federal sustantiva aplicable es aquella compuesta por los Principios Generales del Derecho que rigen en la ley del contrato.<sup>106</sup> La ley federal sustantiva ha tenido que nutrirse de los Principios Generales del Derecho de las respectivas leyes estatales que rigen en la figura del contrato<sup>107</sup> y del Código Uniforme de Comercio.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> The Arbitration Act, 9 U.S.C.S., art. 1 dispone que:

Maritime transactions, as herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; commerce, as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation.....

<sup>104</sup> *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 12 (1984).

<sup>105</sup> *Becker Autoradio U.S.A., Inc. v. Becker Autoradiowerk Gmbtl.*, 585 F. 2d 39, 43 (3rd. Cir. 1978).

<sup>106</sup> *Rhone Mediterranee Compagnia v. Lauro*, 555 F. Supp. 481 (DVI 1982) aff'd. 712 F. 2d 50 (3rd. Cir. 1983).

<sup>107</sup> *Puerto Rico Maritime Shipping Auth. v. Star Lines Ltd.*, 454 F. Supp. 368, 372 n. 6 (S.D.N.Y. 1978).

<sup>108</sup> *Banque de París et des Pays-Bays v. Amoco Oil Co.*, 573 F. Supp. 1464, 1469 (S.D.N.Y. 1983).

Por lo tanto podemos concluir que toda ley contractual estatal que haya sido elegida por las partes en el convenio arbitral que no contradiga la Cláusula de Supremacía (art. 6, cl. 2) de la Constitución Federal servirá para fundamentar y completar las lagunas que surjan en la aplicación de la ley federal sustantiva en toda corte norteamericana, de ahí la importancia de saber y conocer la ley sustantiva aplicable del convenio arbitral dentro del territorio norteamericano.

### **9. Efecto de un convenio arbitral en la Corte del Distrito Federal de Puerto Rico**

En *McCain Foods Ltd. v. Puerto Rico Supplies, Inc.*<sup>109</sup> el demandante McCain Foods Ltd. (McCain) presentó una moción para que el arbitraje internacional fuera cumplido por el demandado Puerto Rico Supplies, Inc. (PRS), el demandado se opuso a dicha moción el 21 de marzo de 1991. Después que la Hon. Carmen Consuelo de Cerezo, Juez Presidente del Tribunal de Distrito para el Distrito de Puerto Rico, revisara cuidadosamente todo el récord, adjudicó la moción a favor de McCain.

Los hechos pertinentes en que se basó el tribunal para la resolución de la moción se detallan en las próximas líneas.

Las partes establecieron un contrato de distribución en mayo de 1989. En enero 26 de 1991 McCain envió una notificación de terminación como distribuidor a PRS, por haber violado ciertas cláusulas del acuerdo. Una vez que PRS fue notificado, McCain comenzó el procedimiento arbitral ante la Corte Internacional de Londres conforme al párrafo veintidos del acuerdo.<sup>110</sup> PRS fue notificado del inicio del procedimiento arbitral, pero no

---

<sup>109</sup> 766 F. Supp. 59 (1991).

<sup>110</sup> El párrafo 22 del contrato establece una cláusula compromisaria que dice en lo pertinente:

Cualquier disputa, diferencia, controversia o reclamación de cualquier clase que surja u ocurra entre las partes en relación a cualquier cosa o materia surgiendo de o en conexión con el contrato, el incumplimiento, la terminación o la invalidez dará lugar a un arbitraje y las leyes de Ontario, Canadá (Status of Ontario, 1988, C, 30) serán las aplicables.

asistió a ésta. El contrato establecía que el procedimiento arbitral a ser aplicado se haría conforme a las Reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.<sup>111</sup>

La Juez Presidente Cerezo basó su decisión en lo que aquí nos interesa, en los siguientes principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana:

El acuerdo realizado por McCain y PRS (Agreement) es un contrato de comercio entre Estados, Territorios y Naciones extranjeras como bien describe el "Arbitration Act"<sup>112</sup> y la Convención de Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>113</sup>

La Corte debe hacer cumplir la sumisión de todas las partes a todas las controversias de arbitraje que estén expresadas en el convenio por las partes. Está bien establecido que una vez exista un acuerdo que someta a las partes a arbitraje, la Corte carece de discreción y debe hacer cumplir lo acordado entre las partes. La cláusula de la selección del foro debe ser estrictamente aplicable salvo que su cumplimiento resulte irrazonable, o que la parte interesada para que ésta no aplique tenga unas razones de peso que sirvan para convencer en su no aplicación. La orden que emitió la jueza fue categórica: "Las partes deberán someterse a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de Londres en Ontario, Canadá."<sup>114</sup>

Desde el caso de *Scherk v. Alberto-Culver*,<sup>115</sup> donde el tribunal decidió a que se diera validez al convenio arbitral establecido por las partes y ordenó a que se llevara a cabo el arbitraje en París bajo las leyes sustantivas del Estado de Illinois, implícitamente se determinó que las partes pueden

---

<sup>111</sup>En sus partes pertinentes éstas establecen que:

El arbitraje estará compuesto por un sólo árbitro, el lugar del arbitraje será Toronto, Ontario y que la ley que habrá de regir la conducta del árbitro será la ley de Ontario, el laudo arbitral será final y vinculante, y la sentencia arbitral podrá ser reconocida y ejecutada por cualquier corte que tenga jurisdicción sobre las partes o por las materias que trate el laudo...

<sup>112</sup> 9 U.S.C. § 1.

<sup>113</sup> 21 U.S.T. § 2517 (1970), T.I.A.S. No. 6997.

<sup>114</sup> *McCain Ltd. v. P.R. Supplies, Inc.*, 766 F. Supp. 59, 59-60 (1991) (citas omitidas).

<sup>115</sup> 417 U.S. 506 (1974).

expresamente indicar si la elección de una ley estatal o extranjera incluye o excluye las leyes federales (Securities laws, RICO, Moss-Magnuson, etc) en un acuerdo arbitral. La jurisprudencia norteamericana ha mantenido una línea de decisiones donde respetan la Autonomía de la Voluntad de las partes plasmada en el acuerdo o convenio arbitral. En el caso de *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth*<sup>116</sup> en donde se decidió que un arbitraje tendría lugar en Japón con la aplicación de ley sustantiva de Suiza, las cortes federales reiteraron lo establecido anteriormente en *Scherk*, que las partes pueden contractualmente acordar que todas las reclamaciones podrán ser objeto de arbitraje, o bien llevar al arbitraje sólo las reclamaciones contractuales y litigar todas las reclamaciones federales, o bien que todas las reclamaciones sean objeto de arbitraje excepto las reclamaciones de competencia desleal, la cual podrá ser litigada, siempre y cuando lo que han pactado en el Acuerdo o Convenio Arbitral no vaya contra el Orden Público.

### Conclusión

Este escrito ha intentado exponer una guía informativa legal del sistema establecido para la resolución de controversias por el articulado del capítulo XX del Tratado de Libre Comercio.

Una vez explicado el mecanismo de resolución de controversias entre las partes miembros fue preciso completarlo con el recurso principal que propulsa el TLC para la resolución de las controversias comerciales a niveles de Derecho Privado Internacional: el Arbitraje Comercial Internacional. De esta forma el escrito cumple con la misión de exponer una visión más completa del mecanismo de resolución de controversias plasmado en el TLC.

Este escrito además ha dirigido su explicación hacia la importancia de conocer la ley sustantiva aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional y presentando un ejemplo del

---

<sup>116</sup>473 U.S. 614 (1985).

efecto de un convenio arbitral con su ley sustantiva aplicable elegida ante un Tribunal de Justicia.

El TLC es un Tratado que no establece en su fase inicial una institución legal que pudiera dar lugar a la creación de un acervo americano, carece de una institución que armonice las leyes de las distintas legislaciones de las partes miembros o que interprete y resuelva las controversias no sólo entre Estados miembros, sino también entre particulares y Estados miembros o de particulares entre sí ya sean personas físicas o jurídicas, por lo que hace falta implantar en el Tratado una institución con un matiz de permanencia que dé acceso a integrar un mecanismo de resolución de controversias para todas las alternativas antes mencionada y que sus decisiones además de ser de carácter obligatorio para cualquier parte conlleve una eficacia inmediata y directa en las legislaciones internas de cada Estado miembro. A esto habrá que añadir que la decisión de ésta Institución sirva de precedente ante futuras situaciones litigiosas.

Por último hay que poner de manifiesto que tras la puesta en vigor del TLC, los sistemas legales de Puerto Rico y de Lousiana presentan una nueva perspectiva para establecer principios comunes, criterios neutrales y previsibles que pueden servir para agilizar y facilitar las negociaciones de un contrato de comercio y el acercamiento entre partes que proceden de distintos sistemas legales, debido a que ambos han integrado el derecho angloamericano y el Código Civil de origen romanista.

Ambos sistemas legales presentan una nueva alternativa a ser explorada para mejorar el sistema de resolución de controversias que presenta el TLC en la actualidad.

Por el momento resulta importante que los estados miembros del TLC le brinden mayor energía a la creación de una, institución permanente que presente un mecanismo que de origen a un derecho americano común e intensifique la armonización de las legislaciones internas de cada Estado miembro. Y, una vez creada, ésta pueda servir de base para el proceso de la futura integración de los bloques económicos del hemisferio.

Espero que los argumentos vertidos en este escrito hayan servido de base para un mejor entendido del sistema de controversias bajo el TLC y que den riendas a escoger el mejor camino a seguir hacia una América integrada.