

4.1.13 Artículo 16

ARTÍCULO 16. SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Cualquier Estado Parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un tribunal arbitral, siempre que un asunto no sea resuelto en cualquiera de los siguientes casos:

- a) En el supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 12 (Negativa a las Consultas);
- b) Dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la solicitud de consultas o dentro de otro plazo convenido por los Estados Parte consultantes;
- c) Cuando el asunto no se hubiere resuelto dentro de los treinta días posteriores a la notificación de la solicitud de la reunión del Consejo o cualquier otro plazo acordado por las Partes contendientes, o cuando la reunión no se hubiere realizado de conformidad con lo estipulado por el numeral 1 del artículo 14 (Procedimiento ante el Consejo);
- d) Cuando no exista consenso entre los miembros del Consejo con respecto a cualquiera de las alternativas previstas en el numeral 2 del artículo 14 (Procedimiento ante el Consejo);
- e) Cuando el asunto no se hubiere resuelto dentro de los treinta días siguientes a aquél en que el Consejo se haya reunido y haya acumulado el asunto más reciente que se le haya sometido, de conformidad con el artículo 15 (Acumulación de Procedimientos);
- f) Si el Estado Parte que solicitó la Intervención del Consejo considera, con base en el informe mensual de avance de cumplimiento, que no se han tomado medidas destinadas a cumplir con el acuerdo obtenido de conformidad con el Capítulo III (Intervención del Consejo) o que las medidas tomadas son incompatibles con los instrumentos de la integración económica.

2. La Parte reclamante entregará la solicitud a la Secretaría, en la que indicará las razones para la solicitud, incluyendo la identificación de la medida u otro asunto de que se trate y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.³

3. En caso de existir otros Estados Parte consultantes, estos tendrán un plazo de diez días contados a partir de la notificación de la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral, para manifestar su interés de participar en el arbitraje como reclamante. Si un Estado Parte consultante decide no continuar en el proceso como reclamante o como tercera Parte, a partir de ese momento se abstendrá de iniciar o continuar respecto del mismo asunto, en ausencia de un cambio significativo de las circunstancias económicas o comerciales, cualquier otro proceso de solución de controversias. Transcurrido el plazo

de diez días indicado, se podrá proceder de conformidad con lo estipulado en el artículo 20 (Integración del Tribunal Arbitral).

4. No se podrá solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral para revisar una medida en proyecto.

³ En todo caso, la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral debe ser congruente con la solicitud de consultas.

4.1.14 Interpretación del artículo 16

4.1.14.1 Alcances de la nota al pie No. 3. Con base en el sentido corriente del término «congruente», múltiples tribunales arbitrales han desarrollado un criterio de análisis para determinar la adecuada relación entre la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral y la solicitud de consultas.¹⁰² Un razonamiento amplio de este asunto aparece en el LTA del arbitraje MSC-02-10:

«...En primer lugar, cabe hacer presente que la nota que se comenta se refiere a dos actos procesales: la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral y a la solicitud de consultas; y alude a ambos en su conjunto. Por lo tanto[,] no lo circunscribe a los fundamentos jurídicos de dichos actos procesales, como lo pretende El Salvador.

(...)

...El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “congruente” como: “[c]onveniente, coherente, lógico”. Veamos cada uno de dicho términos.

...**Conveniente** es definido como “[ú]til, oportuno, provechoso”; **coherencia** como “[c]onexión, relación o unión de unas cosas con otras”; y, **lógico**, como “[d]icho de una consecuencia: [n]atural y legítima.

...Siguiendo dichos conceptos, se infiere que entre las consultas y la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral debe haber –además de coherencia lógica “dentro” de ellas- una conexión útil y provechosa; y que, que la segunda, debe ser consecuencia natural de la primera. En palabras del órgano de Apelación de la OMC, la segunda debe “derivar” de la precedente.

...Por otro lado, sabido es que la pretensión de las consultas es solucionar un problema y zanjar la disputa, para evitar llegar al siguiente paso que es el establecimiento del Tribunal

¹⁰² LTA, Guatemala – Procedimientos de Deshabilitación, MSC-01-16 [424]; LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [314].

Arbitral. En ese sentido, cabe de esperar que algunos puntos de la reclamación sean aclarados o resueltos en la etapa de consultas y que sólo el remanente del contencioso sea llevado ante el Tribunal Arbitral.

...Pero también puede ocurrir que[,] como consecuencia de las consultas, o en éstas, se detecten variaciones a las normas que se relacionan con la alegación inicialmente planteada. En tal caso podría ser necesaria una reformulación del reclamo para tomar en cuenta la nueva información que hace pertinentes otras disposiciones de los instrumentos de la integración Centroamericana, sin que ello implique ampliar o variar la sustancia de la disputa.²

...Por lo tanto, la congruencia en este caso debe entenderse en el sentido de que el ámbito de aplicación de la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral debe ser el mismo que el de las consultas. Puede haber pequeñas reformulaciones de los fundamentos jurídicos del reclamo; también puede ser más limitado o abarcar menos tópicos que las consultas, pero no más. La solicitud de establecimiento del tribunal, entonces, debe derivar en forma natural de las consultas, cosa que no ocurre en la especie.

² Parfraseo de Informe del Órgano de Apelación, México-Medidas antidumping definitivas sobre carne de bovino y el arroz, párrafo 137, citado por Guatemala en el escrito complementario a los alegatos, párrafo 27». ¹⁰³

4.1.14.2. Contexto, objeto y propósito del artículo 16.2 y de la nota al pie No. 3. En el arbitraje MSC-01-19, el TA analizó el artículo 16.2 y la nota al pie de página de esta disposición, a la luz de los artículos 2.2 y 3 del MSC:

«...El artículo 31.1 de la CVDT requiere que examinemos el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado “en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin.” En este sentido, el Tribunal Arbitral nota que el artículo 2.2 establece una preferencia para que los Estados Parte solucionen sus diferencias a través de la cooperación y de las consultas a fin de que alcancen soluciones mutuamente satisfactorias de cualesquiera asuntos les afecten dentro del ámbito de aplicación fijado por el artículo 3 del MSC.³⁷¹ Como también indicamos en el párrafo 301 *supra*, el Tribunal Arbitral considera que los artículos 16.2 y 9.2 del MSC, incluidas las dos notas a pie de página a los mismos, deben interpretarse a la luz de lo dispuesto por el artículo 2.2 del MSC.

...En virtud de nuestro análisis y conclusiones acerca del “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto

¹⁰³ LTA, Decreto No. 902 de El Salvador, MSC-02-10 [349 – 355].

y fin”, el Tribunal Arbitral observa que si la Parte reclamante pudiese incluir en la solicitud de establecimiento nuevas medidas y/o nuevos fundamentos jurídicos de la reclamación –es decir nuevas alegaciones–, que no tuviesen una conexión, relación o unión alguna con las medidas y/o alegaciones indicadas en la solicitud de consultas, se contrariaría la preferencia expresada por el artículo 2.2 del MSC. A nuestro juicio, ello no sucedería si las medidas y/o alegaciones formuladas en la solicitud de establecimiento estuviesen justificadas en antecedentes contenidos en la solicitud de consultas. En este caso, esas medidas y/o alegaciones podrían formar parte del mandato al ser congruentes, de conformidad con lo establecido en la nota a pie de página 3 al artículo 16.2 del MSC.³⁷²

³⁷¹ Para más detalle sobre nuestra interpretación del artículo 2.2 del MSC, *vid.* párrafo 300 *supra*.

³⁷² El Tribunal Arbitral observa que otros tribunales arbitrales del MSC han llegado a las mismas conclusiones. Así, en el Laudo de la controversia MSC-02-10, el tribunal arbitral determinó que la “congruencia” debía entenderse “en el sentido de que el ámbito de la aplicación de la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral debe ser el mismo que el de las consultas”. Ese tribunal hizo hincapié en que, si bien “puede haber pequeñas reformulaciones de los fundamentos jurídicos del reclamo”, la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral no puede abarcar más tópicos que la solicitud de consultas. A su juicio “[l]a solicitud de establecimiento del tribunal ... debe derivar en forma natural de las consultas ...” (*vid.* Laudo del tribunal arbitral, MSC-02-10, párrafos 354-355). El tribunal arbitral en la controversia MSC-01-16 concluyó en el mismo sentido (*vid.* Laudo del tribunal arbitral, MSC-01-16, párrafo 424).¹⁰⁴

4.1.14.3. Vinculación entre las medidas identificadas y los fundamentos jurídicos de la reclamación.

En el arbitraje MSC-01-19, la parte demandada alegó que la demandante «no indicó de manera concreta cuál de las supuestas medidas es incompatible o viola cuál de las diez disposiciones jurídicas enumeradas en dichas solicitudes».¹⁰⁵ El TA rechazó este alegato, haciendo un análisis comparativo con la normativa del MSC con la del Entendimiento de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio:

«...El Tribunal Arbitral observa que el texto del artículo 16.2 del MSC no requiere de forma expresa que, en la solicitud de establecimiento se establezca una conexión o vínculo entre cada una de las medidas identificadas y el (los) fundamento(s) jurídico(s) que le(s) sea(n) relevante(s).

...Como el Tribunal Arbitral indica en el párrafo 252 *supra*, los artículos 16.2 del MSC y 6.2 del ESD contienen diferencias significativas y una de esas diferencias es que el artículo 6.2 del ESD requiere que la “exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación [] sea suficiente para presentar el problema con claridad” (el subrayado es nuestro). Esta última parte resaltada –que no fue incluida en el MSC– y que es la base jurídica sobre la cual el Órgano de Apelación construye su constatación acerca de la obligación de vincular medidas con fundamentos jurídicos de la reclamación, tal como indica la cita de *Rusia – Equipo ferroviario*. Como el Tribunal Arbitral menciona en el párrafo 252 *supra* leer en el

¹⁰⁴ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [315 – 316].

¹⁰⁵ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [327].

artículo 16.2 del MSC la expresión “que sea suficiente para presentar el problema con claridad” del artículo 6.2 del ESD, equivaldría a escribir en el texto del MSC obligaciones que los Estados Parte no incluyeron en el mismo. Esto constituiría una violación del Acta de Misión y entraría en conflicto con la regla de interpretación del artículo 31.1 de la CVDT que obliga a interpretar “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”...». ¹⁰⁶

4.1.14.4 Análisis de oficio y relación con el mandato del tribunal arbitral. En el laudo de la controversia MSC-01-16, el TA señaló la relación del requerimiento de congruencia entre la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral y la de consultas con los alcances de su mandato:

«...El tribunal arbitral considera que el análisis de la congruencia se refiere a una cuestión relativa al Acta de Misión, la cual establece el mandato para conocer este asunto. Dado que es una cuestión fundamental el tribunal arbitral debe analizar la congruencia con independencia de que lo objete una Parte contendiente o no.⁸³ En este caso Panamá sí planteó algunas cuestiones, pero no son todas las que abordará el tribunal en esta sección.

⁸³ El Órgano de Apelación de la OMC ha indicado: “los grupos especiales tienen que abordar y resolver ciertas cuestiones de carácter fundamental, incluso aunque las partes en una diferencia guarden silencio sobre esas cuestiones... los grupos especiales no pueden simplemente hacer caso omiso de cuestiones que afectan a la base de su jurisdicción, es decir, a su autoridad para examinar y resolver asuntos. Antes bien, los grupos especiales han de ocuparse de tales cuestiones, si es necesario por propia iniciativa, para cerciorarse de que están autorizados a continuar sus actuaciones”, *Informe del Órgano de Apelación, México - Jarabe de maíz* (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos), párrafo 36». ¹⁰⁷

4.1.14.5. La adecuada indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. En el arbitraje MSC-01-19, se analizó la obligación de indicar los fundamentos jurídicos de la reclamación en la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral. Esta obligación se comparó con la de otros instrumentos normativos internacionales, indicando lo siguiente:

«...La solicitud de establecimiento del tribunal arbitral debe contener una “indicación” de la alegación.³⁰⁸ Por “indicación” se entiende “1. f. Acción y efecto de indicar”³⁰⁹ y por su parte indicar significa “1. tr. Mostrar o significar algo con indicios y señales ... 2. tr. Decir algo”.³¹⁰ A nuestro juicio, al amparo del artículo 16.2 del MSC una “indicación” es mostrar o decir algo de los fundamentos jurídicos. El Tribunal Arbitral resalta que el texto no incluye una calificación, a diferencia del artículo 6.2 del ESD que incluye el requisito “suficiente para presentar el problema con claridad”. El análisis del cumplimiento con el requisito del artículo 16.2 del MSC debe realizarse caso por caso. Cabe mencionar que

¹⁰⁶ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [331 – 334].

¹⁰⁷ LTA, Guatemala – Procedimientos de Deshabilitación, MSC-01-16 [413].

mostrar significa “1. tr. Manifestar o poner a la vista algo, o enseñarlo o señalarlo para que se vea. 2. tr. Explicar, dar a conocer algo o convencer de su certidumbre.

(...)

...Así, el Tribunal Arbitral considera que la “indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación” dentro del artículo 16.2 del MSC debe ser leída como indicar o mostrar (“[m]anifestar o poner a la vista algo, o enseñarlo o señalarlo para que se vea” o “[e]xplicar, dar a conocer algo”) la reclamación. Si bien “lo más preciso posible” sería deseable, no es un requisito. Por otro lado, observamos que el artículo 16.2 del MSC no requiere que los argumentos se incluyan en la solicitud de establecimiento.

³⁰⁸ El artículo 6.2 del ESD, en cambio, requiere que la solicitud de establecimiento contenga la medida “concreta”.

³⁰⁹ Diccionario de la lengua española, <https://dle.rae.es/indicación>

³¹⁰ *Ibidem*, <https://dle.rae.es/indicar>

³¹¹ *Ibidem*, <https://dle.rae.es/mostrar>». ¹⁰⁸

4.1.14.6. Obligación de «entregar» la solicitud de establecimiento del TA a la Secretaría. En el arbitraje MSC-01-19, el Anexo B del LTA contiene las siguientes consideraciones sobre la obligación de entregar la solicitud de establecimiento del TA a la Secretaría:

«...De conformidad con la Convención de Viena, el texto del MSC se debe leer conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Al respecto, el Tribunal Arbitral observa que la obligación en cuestión se deriva del verbo “entregar” conjugado en futuro. El significado del Diccionario de la lengua española, en su primera acepción para el verbo “entregar”, es “1. tr. Dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo”.¹⁴ En este sentido, el obligado a realizar la entrega es la Parte reclamante y el receptor es la Secretaría.

...El Tribunal Arbitral observa que Costa Rica dio la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral a la Secretaría (o hizo que esta pasara a tenerlo) al haberla entregado con copia en la comunicación dirigida a Panamá.¹⁵ En vista de ello, el Tribunal Arbitral considera que se cumplió con la obligación prevista en el artículo 16.2 del MSC de ‘entregar[] la solicitud a la Secretaría’. De hecho, el 29 de noviembre de 2019, la Secretaría emitió la notificación de la solicitud de establecimiento de un Tribunal Arbitral, en la cual indicó:

¹⁰⁸ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [258 – 262].

‘El MSC en la SIECA, recibió a las 13:31 horas del 28 de noviembre de 2019, un escrito firmado por la ... Ministra de Comercio Exterior de Costa Rica, en el que solicita el establecimiento de un Tribunal Arbitral’.¹⁶

¹⁴ Diccionario de la lengua española, <https://dle.rae.es/entregar>

¹⁵ Correo electrónico del 28 de noviembre de 2019 de la Ministra Dyalá Jiménez al Ministro Ramón Martínez con copia a la cuenta “AdministradorMSC”.

¹⁶ Notificación de la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral, 29 de noviembre de 2019».¹⁰⁹

4.1.14.7 Sentido de la frase «dentro de los treinta días siguientes». En el caso sobre el tomate fresco, el TA rechazó la tesis planteada por Panamá¹¹⁰ respecto del artículo 16.1 (b), en el sentido de que la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral debería presentarse «dentro» de los treinta días siguientes a la solicitud de consultas y no después de este plazo. Tomando en cuenta las reglas de interpretación aplicables a los instrumentos de la integración económica, en el LTA se estableció lo siguiente:

«...este Tribunal Arbitral considera que el artículo 16.1 prevé que un Estado Parte tiene expedita la facultad para presentar la solicitud de establecimiento del Tribunal Arbitral con tal de que el asunto no se haya resuelto dentro de los 30 (treinta) días siguientes a la solicitud de consultas. Esto es, la solicitud de establecimiento de un Tribunal Arbitral únicamente se puede presentar transcurrido el plazo de 30 (treinta) días, y no antes en el caso del subinciso b). Lo anterior, para permitir que se lleven a cabo las consultas dentro del plazo mencionado y, de no lograrse una solución al asunto, entonces un Estado Parte puede continuar con las etapas del procedimiento previsto en el MSC.

(...)

47. Así, el Tribunal Arbitral rechaza la lectura parcial de Panamá, que parece indicar que la lectura del subinciso b) se debe hacer de manera aislada de las dos primeras partes supra descritas.³⁸ Esa lectura parcial no es aceptada por este Tribunal Arbitral.

³⁸ En su respuesta, Panamá transcribe el artículo 16 del MSC sin incluir las dos primeras oraciones del párrafo 1 como sigue:

ARTÍCULO 16. SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL b) Dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la solicitud de consultas o dentro de otro plazo convenido por los Estados Parte consultantes; c) Cuando el asunto no se hubiere resuelto dentro de los treinta días posteriores a la notificación de la solicitud de la reunión del Consejo o cualquier otro plazo acordado por las Partes contendientes, o cuando la reunión

¹⁰⁹ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, Anexo B [21 – 22].

¹¹⁰ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, Anexo B [33 – 35].

no se hubiere realizado de conformidad con lo estipulado por el numeral 1 del artículo 14 (Procedimiento ante el Consejo).

Respuestas de Panamá, 1 de julio de 2020, respuesta a la pregunta 30, p. 18. Se eliminan las negritas del original. *Vid.* También respuesta a la pregunta 40, p. 20. (“Costa Rica debió presentar su solicitud dentro de los 30 días posteriores a la culminación de las consultas o la fase de intervención del Consejo de Ministros de Integración»).¹¹¹

4.1.14.8. Identificación adecuada de la «medida». Para el sentido del término «medida», véase la sección sobre el artículo 1 del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica.¹¹² Además, en el arbitraje MSC-01-19, se indicó lo siguiente sobre la adecuada identificación de las medidas impugnadas en la solicitud de establecimiento del TA:

«...El Órgano de Apelación de la OMC ha indicado lo siguiente:

La “medida concreta” que tiene que identificarse en una solicitud de establecimiento es el objeto de la impugnación, a saber, la medida que supuestamente es causa de la infracción de una obligación establecida en un acuerdo abarcado. En otras palabras, la medida en litigio es *aquellos* que el Miembro reclamante está impugnando³⁰⁴ (la cursiva es del original, el subrayado es nuestro).

255. Estas consideraciones son, a juicio del Tribunal Arbitral, igualmente aplicables en el contexto del MSC. La medida identificada es el objeto de la impugnación, es decir, la medida que presuntamente es causa de la infracción de la obligación establecida en un Instrumento Jurídico. Dicho de otra manera, es aquello que la Parte reclamante está impugnando.

³⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 130». ¹¹³

¹¹¹ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, Anexo B [45 – 47].

¹¹² V. Párrafo 4.1.4.4.

¹¹³ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [254 – 255].