

CARLOS RODRIGUEZ GONZALEZ-VALADEZ

MEXICO ANTE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

27 JUNIO (16:00)
última versión

INTRODUCCION

En los últimos años, la mayor parte de las naciones del mundo ha venido registrando cambios de extraordinaria magnitud en su vida política, económica y social, derivados de las innovaciones en el conocimiento y la tecnología, del surgimiento de nuevos centros financieros y comerciales, de la existencia de procesos de competencia por los mercados, de nuevos espacios de integración regional y de un panorama de relaciones internacionales diferente al que sólo reconocía dos potencias en el orbe.

Lo anterior, ha hecho surgir un propósito constante en los países, enfocado a la modernización de todos sus sistemas, y México no ha sido la excepción. Los criterios y lineamientos establecidos en los planes de desarrollo que ordena la Ley de Planeación permitirán al país ubicarse en el próximo siglo con su soberanía fortalecida, próspero en su economía, en paz, libre y en un ambiente de democracia, capaz de abrir un horizonte de bienestar y justicia para todos los mexicanos.

El Plan Nacional de Desarrollo (1989-1994) estableció, además de los aspectos relativos a la conservación de la soberanía, tres acuerdos nacionales, referidos: (i) a la ampliación de nuestra vida democrática; (ii) a la recuperación económica con estabilidad de precios, y; (iii) al mejoramiento productivo del nivel de vida.

Dentro del segundo de los acuerdos mencionados quedaron incluidos los aspectos relativos al comercio exterior, fincándose los propósitos fundamentales para abrir la economía a la competencia externa, como una medida de racionalización de la política de comercio exterior. Las diversas acciones que se plantearon en el Plan para el cumplimiento de los objetivos abarcaban aspectos fiscales, geográficos, económicos, desregulatorios, de índole jurídica y de simplificación administrativa.

Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo (1995-2000) se refirió a los siguientes aspectos: (i) soberanía; (ii) el Estado de Derecho y un país de leyes; (iii) desarrollo democrático; (iv) desarrollo social, y; (v) crecimiento económico.

En este Plan, el aspecto relativo a la soberanía se encargó de establecer las estrategias y líneas de acción para ampliar y fortalecer el papel de México en la dinámica mundial; los nuevos vínculos de la política interior y exterior, y; la promoción de los intereses nacionales en los foros multilaterales.

Dentro del marco general que se ha esbozado, se ubica este libro con el título: "México ante el Arbitraje Comercial Internacional", y de su contenido se desprenden conclusiones que confirman el propósito de formular un análisis exhaustivo en esta materia para definir y confirmar los caminos que deben seguir México y las empresas comerciales nacionales en el ámbito del arbitraje, de manera que puedan situarse en una posición similar a la existente en los países desarrollados. Específicamente en lo relativo a la solución de controversias, se consideran los distintos mecanismos que pueden adoptarse para resolver los conflictos, reconociendo la necesidad de que, por una parte, nuestra legislación debe

estar acorde con la normatividad aplicable al respecto en materia internacional y por la otra, que los profesionales que participen en las relaciones comerciales aludidas - intensificadas con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio (TLC) y la viabilidad de concertar un futuro acuerdo comercial con la Unión Europea-, deben capacitarse de manera especial y constante.

Con motivo de lo anterior, el contenido del libro se divide en cinco capítulos. En el primero de ellos nos referimos al comercio exterior, tocando brevemente los puntos relativos a su evolución y regulación jurídica y destacando la intervención que ha tenido y tiene nuestro país dentro de los distintos mercados internacionales, dando origen a la necesidad de adecuar la legislación doméstica y la actividad de los comerciantes dentro de los límites del arbitraje comercial internacional. Asimismo, se mencionan los diversos mecanismos disponibles en la resolución de conflictos surgidos en el comercio internacional.

En el segundo capítulo se desarrolla información relativa al arbitraje privado comercial internacional de manera general, tratando de dar al lector los elementos suficientes para entrar en el tema y establecer el camino a través de este útil mecanismo para la solución de controversias, como es el caso de los arbitrajes multilaterales y otras materias en las cuales puede intervenir cada vez más esta figura, como es el derecho corporativo. Además, se comentan cuáles son los principales beneficios de acudir al arbitraje frente a otros medios existentes para solucionar controversias en el mercado internacional; y se alude a los diversos tipos de arbitraje, para concluir determinando cuál es el recomendable en casos concretos.

El tercer capítulo se encarga de aclarar los puntos principales en el procedimiento arbitral, comenzando con la importancia de las conferencias previas a las actuaciones y los temas que se recomiendan ser tratados en ellas, pasando por las diversas etapas procesales, como es la etapa probatoria, hasta el dictamen del laudo arbitral que pone fin a la controversia. Igualmente se menciona la importancia y se hace un breve análisis del documento internacional - la Convención de Nueva York - que representa seguridad jurídica para los participantes de este procedimiento, así como respaldo al acuerdo de voluntades de las partes, que es el pilar central del arbitraje comercial internacional.

Dentro del cuarto capítulo se expone en forma breve la temática correspondiente al arbitraje privado comercial internacional institucional, el cual frente al *ad-hoc*, pero no en contraposición a éste, nos otorga innumerables ventajas, principalmente cuando se encarga su administración a instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuyo nivel, reconocido prestigio y experiencia, nos han demostrado que, en ocasiones, constituye la mejor opción en el supuesto de acudir a este tipo de arbitrajes. Para constancia de lo anterior, se analizan someramente las instituciones o centros arbitrales de mayor trascendencia en todo el mundo, así como las características especiales de sus reglamentos arbitrales destacando la diferencia entre asuntos internacionales de los nacionales. De manera específica se comenta el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI, con la finalidad de demostrar los beneficios que conlleva su utilización y el por qué del éxito de la intervención de dicha institución en todos los campos del comercio internacional.

Por último, el quinto capítulo trata el aspecto legislativo del arbitraje mexicano, mostrando el desarrollo que a este respecto ha tenido nuestro país, considerando que los logros alcanzados hasta la fecha pueden considerarse suficientes para asegurar una participación positiva frente a los otros países.

En suma, el contenido de este libro está referido a un tema de actualidad que nos permite adentrarnos en la problemática de la solución de controversias en el comercio internacional en una época de apertura económica a nivel mundial, expresándose por otra parte nuestros puntos de vista en los aspectos más sobresalientes del tema, como una modesta aportación a los propósitos de modernización de las estructuras básicas de la sociedad y a la necesidad de mejorar y flexibilizar las relaciones comerciales internacionales para evitar en lo posible las controversias y, en los supuestos en los que éstas se presenten, resolverlas en tiempos mínimos mediante la utilización de mecanismos jurídicos adecuados que sean satisfactorios para las partes que intervengan y respeten las disposiciones jurídicas fundamentales de cada país y la voluntad de los comerciantes.

CAPITULO I

SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1.1. ¿ QUE ES EL COMERCIO INTERNACIONAL ?

“COMERCIO. (lat. *commercium*; de *cum*, con y *merx*, mercancía.) m. Negociación que se lleva a cabo al comprar, vender o permutar géneros o mercancías. || Comunicación y trato de unas personas o pueblos con otros.”¹ || “Actividad destinada a promover la circulación de los productos y de los títulos de crédito.”² || “El intercambio de bienes, producciones o propiedades de cualquier clase; la compra, venta e intercambio de artículos.”³ || “La transportación de personas y propiedades por tierra, agua y aire.”⁴

“COMERCIO INTERNACIONAL. Aquella parte de la economía que regula los intercambios de mercancías y productos entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales y/o países distintos. Las operaciones de comercio exterior son variadas y jurídicamente pueden asumir diversas modalidades, tales como la compraventa mercantil internacional, el arrendamiento de muebles entre residentes de dos o más países, arriendos temporales, entre otros.”⁵ || “Realización de actividades de intercambio mercantil entre los habitantes de una y otra nación. Este puede ser de importación que es el que introduce en una nación productos extranjeros o de exportación que es cuando se destinan los productos nacionales a otras naciones.”⁶

El término comercio puede analizarse desde un **punto de vista económico** y uno jurídico. Desde el punto de vista económico, como se deduce de las definiciones antes transcritas, consiste en una mediación o interposición entre productores y consumidores, la cual es llevada a cabo por un determinado grupo de personas especializadas - los comerciantes -, cuyo propósito es obtener el mayor lucro posible.

¹ Palomar de Miguel, Juan, "**Diccionario Para Juristas**", Mayo Ediciones, S. de R. L., México, 1981, p. 273.

² De Pina Vara, Rafael, "**Diccionario de Derecho**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, p. 161.

³ Traducción de la definición contenida en el caso: *Anderson v. Humble Oil and Refining Co.*, 226 Ga. 252, 174 S.E.2d 415, 417.

⁴ Traducción de la definición contenida en el caso: *Union Pacific R. Co. V. State Tax Commissioner*, 19 Utah 2d 236, 429 P.2d 983, 984.

⁵ Witker, Jorge, "**Diccionario Jurídico Mexicano**", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Tomo II, México, 1985, p. 142.

⁶ "**Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana**", Editorial Espasa Calpe, Tomo XIV, Madrid, 1974, p.625.

Desde el **punto de vista jurídico**, el comercio se encuentra regulado primordialmente por el derecho mercantil, el cual se encarga, entre otros rubros, de los actos de comercio, contratos mercantiles, sociedades de comercio y demás relaciones entre comerciantes. El derecho mercantil se puede estudiar desde un aspecto nacional o uno internacional, atendiendo el hecho de que las mercancías crucen las fronteras políticas de los países, caso en el cual estamos en presencia de la regulación al comercio internacional, también conocido como comercio exterior.

Así, encontramos que el comercio internacional es una variante en todo sistema económico, en el cual los países, ya sea actuando como soberanos o como particulares,⁷ o los gobernados, sean personas físicas o morales, intervienen como vendedores y compradores de bienes y servicios en los mercados externos. Tres conceptos importantes en el comercio internacional merecen explicación particular:

- (i) Las importaciones, que son “las operaciones mediante las cuales se somete una mercancía extranjera a la regulación y fiscalización tributaria, para poderla después libremente destinar a una función económica de uso, producción o consumo”,⁸ o “el acto de traer bienes y mercancía a un país proveniente de otro país”;⁹
- (ii) Las exportaciones, entendidas como “el envío de mercaderías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior”,¹⁰ o “el envío de un artículo comercial fuera del país. El transporte de mercancía o bienes de un país a otro en el curso de un negocio”,¹¹ y;
- (iii) La balanza comercial, que es el registro contable que da cuenta de las entradas y salidas de diversos tipos de mercancías.¹²

Las mercancías o mercaderías que son el objeto del comercio internacional o exterior, pueden clasificarse en materias primas o productos básicos y en manufacturas o productos terminados.

⁷ Véase *infra* p. _

⁸ Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, "El Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991, p. 35.

⁹ Traducción de la definición contenida en el caso: *Cunard Steamship Co. v. Mellon*, 262 U.S. 100, 43 S. Ct. 504, 67. L. Ed.894.

¹⁰ Véase Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, **Op.cit.** nota al pie No.8, p.69.

¹¹ Traducción de la definición contenida en el caso: *West India Oil Co. v. Sancho, C.C.A. Puerto Rico*, 108 F.2d 144, 147.

¹² Con la finalidad de evitar la doble tributación entre países participantes en el mercado internacional, se han celebrado diversos tratados internacionales. Entre las naciones con las que México ha celebrado estos tratados de doble imposición, como también son conocidos, están: Canadá (18 de abril de 1991), Italia (8 de julio de 1991), Francia (7 de noviembre de 1991), España (24 de julio de 1992), Estados Unidos de América (18 de septiembre de 1992), Suecia (21 de septiembre de 1992), Alemania (23 de febrero de 1993), Suiza (3 de agosto de 1993), Países Bajos (27 de septiembre de 1993), Gran Bretaña (2 de junio de 1994), Reino Unido e Irlanda del Norte (2 de junio de 1994), Corea (6 de octubre de 1994), Singapur (9 de noviembre de 1994), Noruega (23 de marzo de 1995) y Japón (9 de abril de 1996). Para mayor información sobre la balanza comercial, véase Gwartney, James and Stroup, Richard, "Economics. Private and Public Choice", The Dryden Press, Harcourt Brace College Publishers, USA, 1995, pp. 897.

Las materias primas o productos básicos. Dichos productos se identifican con los recursos naturales, considerados de suma importancia en el mercado internacional, ya que generalmente se encuentran distribuidos en determinadas regiones geográficas del planeta. Lo anterior facilita herramientas de trabajo a los países donde tales recursos se encuentren, para poder participar en el comercio frente a los países desarrollados. La intervención de los países donde se localizan los productos básicos -generalmente los países en vías de desarrollo- se lleva al cabo sin que sea relevante su situación económica. Estos productos son en su mayoría minerales -sólidos o líquidos-, granos, vegetales y alimentos que sirven para iniciar cadenas productivas a las que se aplican diversos procesos tecnológicos para obtener una mayor ganancia.

Las manufacturas o productos terminados. Se trata de productos que ya han experimentado transformaciones productivas. Es decir, agregan valor a materias a través de la aplicación de alta tecnología. Dentro de este concepto, encontramos bienes de capital -maquinarias y equipos- y productos finales de diversos usos y destinos.

Encontramos una diferencia práctica en cuanto a los esquemas de regulación de las mercancías antes mencionadas, ya que los productos básicos, por diversas razones de carácter natural, económico y político, no se desarrollan bajo la ley de la oferta y la demanda. La forma de regularlos es a través de convenios reguladores de oferta y precios, conocidos como Acuerdos Internacionales de Productos Básicos (AIPB)¹³ y a nivel multilateral tenemos el Programa Integrado de Productos Básicos (PIPB),¹⁴ diseñado por la

¹³ Dentro de algunos acuerdos de esta naturaleza, encontramos los convenios internacionales: (i) del yute y de productos del yute (1982), México no forma parte del Convenio; (ii) del azúcar (1983), México no forma parte del Convenio; (iii) del café (1983), México es parte del Convenio. Los países miembros aceptaron una prórroga en junio de 1993; (iv) del trigo (1986), México no es parte del acuerdo. El Consejo Internacional de Trigo examinará la cuestión de un prórroga del acuerdo; (v) del aceite de oliva y las aceitunas de mesa (1986), México no es parte del Convenio. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Aceite de Oliva aprobó el protocolo de extensión del Convenio que entró en vigor el 1o. de enero de 1994; (vi) del cacao (1986), México es miembro del actual acuerdo. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cacao adoptó el nuevo Convenio que entró en vigor el 1o. de octubre de 1994; (vii) de las maderas tropicales (1987), México no es parte del actual instrumento y se está negociando el nuevo acuerdo, y; (viii) del caucho natural (1987), se creó la Organización Internacional del Caucho Natural.

¹⁴ En mayo de 1976 surgió el Programa Integrado de Productos Básicos (PIPB), a través de la resolución No. 93 (IV) de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo. El objetivo principal del PIPB es establecer convenios internacionales de carácter multilateral que agrupen tanto a los países consumidores como a los productores de materias primas. Al respecto, la mencionada resolución establece la necesidad de que dichos convenios contengan medidas de carácter económico; es decir, mecanismos que regulen la excesiva fluctuación de los precios en el mercado internacional de las materias primas. Los productos básicos contemplados en el PIPB son los siguientes: aceites vegetales, algodón y fibras de algodón, azúcar, banano, bauxita, cacao, café, carne, caucho, cobre, estaño, fibras duras y sus productos, fosfatos, maderas tropicales, manganeso, mineral del hierro, té y yute y sus productos.

Entre los objetivos concretos establecidos en el PIPB, destacan los siguientes: (i) garantizar precios remuneradores para los productores y equitativos para los consumidores; (ii) perfeccionar la estructura de los mercados, así como los sistemas de comercialización, distribución y transporte de las exportaciones de productos básicos de los países en desarrollo; (iii) diversificar la producción de los países en desarrollo y aumentar la elaboración de productos primarios en los países en desarrollo, con el objeto de promover su industrialización y acrecentar sus ingresos de exportación, y; (iv) mejorar la competitividad de los productos naturales que compiten con productos sintéticos y sucedáneos.

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD).¹⁵ El objetivo de estos documentos es establecer mecanismos que permitan defender precios remuneradores para este tipo de productos dentro del mercado internacional, en donde, como ya sabemos, encontramos una gran variedad y desigualdad de países, principalmente en el aspecto económico. Por otro lado, existe el Convenio Constitutivo del Fondo Común para los Productos Básicos que es un documento multilateral importante en la regulación mundial de estos productos.¹⁶

En cuanto a los productos manufacturados, éstos se encuentran regulados a través de la oferta y la demanda, influyendo en ellos determinados organismos, instituciones, tratados y convenciones internacionales como son el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (*General Agreement on Trade and Tariffs –GATT*),¹⁷ actualmente conocido como la

¹⁵ Organización económica internacional creada en 1964 por la Asamblea General de la ONU como una entidad intergubernamental para favorecer el crecimiento de los países subdesarrollados mediante el aumento en el comercio mundial. Se propone la firma de acuerdos mundiales para la estabilización de los precios de materias primas y productos agrarios, así como la concesión de ventajas aduaneras por parte de los países industrializados a los productos manufacturados procedentes de los países subdesarrollados. La UNCTAD tienen sede en Ginebra, Suiza y actualmente esta formada por 188 miembros, siendo su Secretario General Rubens Ricupero. La Conferencia se reúne cada cuatro años a nivel ministerial para formular directrices sobre las políticas que deben seguirse y fijar prioridades de trabajo; se prevé la celebración del décimo período de sesiones de la UNCTAD en Tailandia en el año 2000.

¹⁶ Creado bajo la organización de la ONU el 27 de junio de 1980 en Ginebra, Suiza. México depositó su instrumento de ratificación el 11 de febrero de 1982 y el texto del Convenio se publicó en el DOF el 22 de abril de 1982.

¹⁷ Dicho acuerdo es un tratado internacional en donde se establecieron derechos y obligaciones entre las partes contratantes, para promover el intercambio comercial mediante la eliminación de restricciones y la reducción de los aranceles aduaneros. El GATT surge al terminar la Segunda Guerra mundial, siendo concluido y firmado por 23 países como un acuerdo multilateral de comercio internacional el 30 de octubre de 1947, entrando en vigor en enero de 1948.

Los principales objetivos del GATT según *Roger P. Alford*, fueron los siguientes: (i) el desarrollo de los recursos mundiales; (ii) elevar los niveles de vida; (iii) aumentar el ingreso real, y; (iv) extender la producción y el intercambio de bienes. Véase *Alford, Roger P., "Why a Private Right of Action Against Dumping would Violate GATT", "The New York University Law Review", 66 N.Y.U.L., New York, junio 1991, p. 701.*

William Lay considera que los tres principios fundamentales del GATT, al momento de su creación, para alcanzar sus objetivos fueron: (i) congelar los aranceles a los niveles en que se encontraron en ese momento; (ii) reducir las tarifas a través de rondas de negociaciones, y; (iii) la no discriminación en la legislación comercial mediante la aplicación del principio de la Nación Más Favorecida (NMF). Véase *Lay William, "Redefining Actionable Subsidies under U.S. Countervailing Duty Law", "The Columbia University Law Review", octubre 1991, p.1495.*

Con el objetivo de poder reflejar los cambios constantes en la economía mundial, el GATT se examinó y actualizó constantemente a través de una serie de negociaciones comerciales multilaterales a las que se les denomina "Rondas". Se celebraron las siguientes Rondas: (i) Ginebra en 1947, 23 países; (ii) Francia en 1948, 33 países; (iii) Inglaterra en 1950, 34 países; (iv) Ginebra en 1956, 22 países; (v) la "Ronda Dillon", Ginebra en 1960-61, 45 países; (vi) la "Ronda Kennedy", Ginebra 1964-67, 48 países, y; (vii) la "Ronda Tokio", Tokio 1973-79, 99 países, y; (viii) la "Ronda de Uruguay", 108 países. Cada Ronda tuvo un punto principal de negociación, aunque se hayan discutido varios temas adicionales. Véase *Smith, James F., "The General Agreement on Tariffs and Trade: The GATT Rounds, Agreements and Codes", "Doing Business in México", Transnational Juris Publications, Inc., Ardsley-on Hudson, New York, 1991, pp. 35.*

La última ronda fue la octava Ronda denominada la "Ronda de Uruguay" que comenzó el 20 de septiembre de 1986, en Punta del Este, Uruguay, con la participación de 108 países, en donde se analizaron los siguientes temas: resolución de controversias; funcionamiento del GATT; revisión y modificación a los artículos del GATT; acuerdos y convenios creados por negociaciones comerciales multilaterales; productos cuya creación se

Organización Mundial del Comercio (OMC o *World Trade Organisation –WTO*).¹⁸ Así, podemos darnos cuenta que estos productos se encuentran regulados por barreras arancelarias y no arancelarias y a la vez están protegidos de prácticas desleales.¹⁹ Por la necesidad e importancia de los productos manufacturados y por ser una labor llevada a cabo diariamente en todos los rincones del mundo, se han desarrollado esquemas reguladores y patrones de intercambio con una relevante importancia dentro del mercado internacional.

Paralelo a las mercancías, se encuentra el comercio de servicios que, si bien son intangibles, en contraposición de las mercancías, generan igualmente ingresos y fuentes de trabajo en cualquier economía. Los servicios pueden ser clasificados en dos bloques: los que se destinan a los productores y los que se destinan a los consumidores. Generalmente

basa en recursos naturales; medidas no arancelarias; servicios; subsidios e impuestos compensatorios; aranceles; inversiones relacionadas con el comercio; productos tropicales; la rama textil; los mecanismos de salvaguardas; la propiedad intelectual, y; la Agricultura. Asimismo, se decidió reemplazar al *GATT* por la *WTO* (*World Trade Organization*), la cual entró en vigor en 1995. Véase Serra Puche, Jaime, "**México y la Ronda Uruguay del GATT**", SECOFI, Documento elaborado del discurso pronunciado el 7 de enero de 1992.

¹⁸ La OMC es el único órgano internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Su núcleo está constituido por los Acuerdos de la OMC, que son las reglas jurídicas fundamentales del comercio internacional y las políticas comerciales. Los Acuerdos tienen tres objetivos principales: (i) ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible; (ii) alcanzar gradualmente una mayor liberalización mediante negociaciones, y; (iii) establecer un mecanismo imparcial de solución de controversias. Todos los Acuerdos de la OMC están inspirados en varios principios simples y fundamentales, que configuran el sistema multilateral de comercio. Entre estos principios figuran: la no discriminación (el trato de la "nación más favorecida" y el trato "nacional"), un comercio más libre, políticas previsibles, la promoción de la competencia y disposiciones especiales para los países menos adelantados.

Mientras que el GATT se había ocupado principalmente del comercio de mercancías, la OMC y sus acuerdos abarcan actualmente el comercio de servicios, las invenciones, creaciones y dibujos y modelos que son objeto de transacciones comerciales (propiedad intelectual). La OMC tiene sede en Ginebra, Suiza, cuenta con 131 países miembros (hasta abril de 1997), con un personal de la secretaría de 500 personas y su dirección general se encuentra encabezada por el señor Renato Ruggiero.

¹⁹ Las prácticas desleales que se encuentran protegidas por la legislación nacional e internacional, principalmente son el dumping y las subvenciones.

El dumping lo podemos entender como "aquella práctica que ejecutan empresas, y que consiste en vender en un mercado extranjero un producto a un precio inferior al precio que se comercializa en el país de producción u origen y que afecta a productores del país receptor de productos idénticos o similares. En el dumping deben presentarse copulativamente tres elementos esenciales: (i) discriminación de precios, diferencias entre el precio de fábrica del producto del país que los fabrica (país de origen) y el precio con que dicho producto es exportado y/o importado a México; (ii) daño o amenaza de daño a productores nacionales de productos idénticos o similares, y; (iii) relación causal entre las importaciones (cuyo incremento debe ser significativo) en dumping y el daño o amenaza de daño a los productores nacionales."

Por su parte las subvenciones "son prácticas que ejecutan los estados, y que consisten en otorgar apoyos fiscales, financieros, cambiarios, etcétera, a productos de exportación, con los cuales logran competitividad artificial y perjudican a productores de países receptores de productos idénticos o similares. En donde igualmente deben presentarse tres supuestos: (i) la subvención públicamente decretada en programa e instrumentos legales o convencionales; (ii) el daño o amenaza a los productores del país huésped de mercancías idénticas o similares, y; (iii) relación causal entre el beneficio público otorgado y su impacto en el precio del producto exportado en relación con los precios internacionales promedios." Véase Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, *Op.cit.* nota al pie No.8, p.126.

En el derecho doméstico mexicano las prácticas desleales de comercio internacional se encuentran reguladas en el Título V de la nueva Ley de Comercio Exterior (del artículo 28 a 44), Título IV del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (del artículo 37 a 69) y el Capítulo XIX del TLC.

los países industrializados son los países que más comercian con servicios,²⁰ impactando cada vez más a sus economías, ya que poco a poco van aumentando de porcentaje en el renglón de las exportaciones, transformándose en importantes generadores de ingresos, divisas y empleos en la mayoría de las economías contemporáneas, quedando incluida entre éstas la mexicana.

Para concluir con esta parte relativa al comercio internacional o exterior, nos atrevemos a proponer una definición que contiene los elementos esenciales aquí mencionados: "Comercio internacional o exterior, es la actividad realizada entre dos o más personas - físicas o morales -, destinada al intercambio de productos - básicos o manufacturados - y/o servicios, siempre y cuando dicha transacción se dé entre dos o más lugares que se encuentren divididos por lo menos por una frontera política, registrándose dicha actividad generalmente en la balanza comercial de los países implicados."

1.2. BREVES COMENTARIOS RESPECTO DE LA EVOLUCION DEL COMERCIO INTERNACIONAL.

Desde que el hombre empezó a comerciar con productos para satisfacer sus necesidades, la historia ha registrado la existencia de dos sistemas económicos fundamentales con un sinnúmero de variantes: la economía de la libre empresa o capitalismo, y la economía centralmente planificada o socialismo. Tal distinción es de suma importancia en el desarrollo del comercio internacional.

El capitalismo²¹ es el sistema económico que da su forma característica al orden social presente en los países del mundo industrialmente avanzado. En este sistema encontramos la institución de la propiedad privada tanto de la tierra como de los bienes en manos de individuos, sin importar que éstos sean personas físicas o morales; igualmente observamos la competencia y lucha que existe entre los comerciantes para ofrecer los mejores productos a los consumidores. La intervención del gobierno dentro de este sistema es generalmente escasa, ya que cuando interviene en las transacciones lo hace como otro particular (*acto iure gestionis*); y cuando su participación reviste su calidad de soberano (*acto iure imperii*), es con el propósito de otorgar estímulos a las empresas, tales como, subsidios y subvenciones fiscales, entre otros.²² Ciertamente, el presente sistema económico

²⁰ Desde el punto de vista de los países industrializados, el elenco de los servicios se integra por telecomunicaciones, procesos de información y datos, bancos y financiamientos, seguros, transportes, ingeniería y construcción, publicidad, películas y programas televisivos, turismo, servicios profesionales (legales, médicos, financieros, etc.), propiedad intelectual, maquila e inversiones extranjeras, etc. Véase **idem**, p. 13

²¹ El capitalismo surgió históricamente como el sistema social posterior al feudalismo y a la esclavitud. Los artesanos y pequeños campesinos fueron transformados en asalariados. El proceso de cambio se verificó en dos fases: en la primera el pequeño productor consiguió su emancipación de las cargas feudales que pesaban sobre él; y en la segunda, fue separado de la propiedad de los medios de producción (tierra, ganado, talleres artesanos, etc.) hasta convertirse en un asalariado sujeto a un capitalista. Es entonces cuando empieza a aparecer el capitalismo industrial, y con la "revolución industrial" se transforman los procesos productivos. Respecto de la evolución del capitalismo y de las doctrinas económicas correlativas, véanse Academia de Ciencias de la URSS, "**Manual de Economía Política**", Editorial Grijalbo, S.A., México, 1958; y Gonnard, René, "**Historia de las Doctrinas Económicas**", Editorial Aguilar, Madrid, 1959.

ha traído como resultado el progreso en materia de inventos, procedimientos técnicos, así como un incremento de la producción y la extensión del comercio a nivel internacional.

Por su parte, el socialismo²³ es el sistema de organización social y económico basado en el principio de la propiedad pública de los instrumentos materiales de producción. Es decir, es la colectivización de los medios de producción como medida destinada a la supresión de las diferencias entre las clases sociales.

Sin abundar más sobre este tema, que propiamente es de carácter económico, es necesario considerar la importancia que tiene el capitalismo en el comercio internacional, ya que los países que tienen este sistema exportan una parte significativa de su producto nacional, fenómeno que no observamos en los países con sistema económico contrario, en donde tratan de satisfacer sus necesidades con la producción nacional. Asimismo, observamos que dentro del mundo actual se están dando cambios vertiginosos y trascendentes a este respecto, desapareciendo los sistemas de economía centralmente planificada, apuntando todo hacia una interrelación comercial cada vez mayor. Tal fenómeno es resultado, a nuestro juicio, entre otras cosas, de la distribución geográfica de los diversos satisfactores primarios, pues para que un país pueda tener un desarrollo económicamente hablando, es necesario que éste comercialice con todo tipo de productos, y para lograr esto, la única solución es el intercambio con otros países, lo que trae como consecuencia enriquecer a las naciones económicamente más débiles, pues generalmente son ellas quienes tienen la propiedad de los productos que inician la cadena de satisfactores.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, el comercio internacional era escaso, y con posterioridad a ella, el poder económico se concentró en los países industrializados de Norteamérica y Europa Occidental -todos ellos capitalistas- que compartían el mismo interés económico. Tratándose de los países socialistas, éstos tenían un sistema económico prácticamente cerrado en relación con el resto del mundo; la guerra fría estaba en su apogeo. Respecto a los países que más adelante fueron denominados como "tercer mundo",

²² El subsidio es un apoyo de carácter económico que el Estado concede a las actividades productivas de los particulares con fines de fomento durante períodos determinados y que se considera como la especie del género denominado subvención. Una distinción entre el subsidio y la subvención que en la doctrina nos otorga *Fiorini*, es el hecho de que se subvenciona a una persona, a una sociedad, mientras que se subsidia una actividad o gestión determinada. La subvención sólo es posible cuando las arcas fiscales obtienen saldos favorables. En esta virtud el elemento de distinción, entre el subsidio y la subvención radica en que a cambio de una subvención se exige una contraprestación del beneficio de la franquicia o apoyo económico y en los subsidios por el contrario, las erogaciones y sacrificios fiscales no suponen contraprestación alguna. Véanse Hernández Espíndola, Olga, "**Diccionario Jurídico Mexicano**", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Tomo VIII, México, 1985, p. 208; y Fraga, Gabino, "**Derecho Administrativo**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

²³ Las primeras teorías claramente socialistas aparecieron a principios del siglo XIX como respuesta lógica a las primeras contradicciones y crisis de la expansión del capitalismo. Fueron varias las doctrinas que preconizaron la colectivización de los medios de producción como medida destinada a la supresión de las diferencias entre las clases sociales y necesaria para una organización racional de la sociedad. En este sentido, pueden mencionarse los representantes del socialismo utópico y posteriormente los precursores del socialismo de Estado. El manifiesto del partido comunista de Carlos Marx y Federico Engels integró los criterios doctrinales y políticos que hicieron posible el socialismo científico. Respecto de la evolución del socialismo y de las doctrinas económicas correlativas, véase Academia de Ciencias de la URSS, *Op.cit.* nota al pie No.20.

su funcionamiento se limitaba a ser proveedores de materias primas para los países industrializados.

En la época siguiente a la Segunda Guerra Mundial, aparece como fenómeno global el surgimiento de tratados y organismos internacionales, entre los que destacan principalmente, la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI),²⁴ la Carta de la Habana²⁵ y el *GATT* actualmente conocido como la OMC²⁶ como contrapartida en pro de la regulación del comercio internacional.

En la década de los sesenta aparecieron como potencias económicas Japón y Alemania Federal, y los países socialistas se abrieron en cierto grado al comercio con las naciones de Occidente, avanzando hacia la integración económica de Europa.

En la década de los setenta se empezó a poner en duda el liderazgo de los Estados Unidos de Norteamérica, porque los países en desarrollo expresaban su inconformidad respecto del papel que habían venido desempeñando hasta ese momento, como proveedores de materias primas e importadores de productos manufacturados. Aunque en esta época hubo un crecimiento económico generalizado, se caracterizó por la inflación mundial, la escasez del petróleo y el endeudamiento excesivo de los países en desarrollo.

Los años ochenta fueron de desigualdad, porque mientras los países económicamente desarrollados mostraron un gran avance, las naciones endeudadas del tercer mundo experimentaron un retroceso; se podría decir que para ellas fue una década perdida. Los países del bloque socialista, por su parte, resentían un retraso debido al centralismo democrático en lo político y a la planificación central en lo económico. Debe destacarse, sin embargo, el avance logrado por la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, al aplicar en 1985 "*la Perestroika*" como un programa para la transformación de

²⁴ Institución financiera internacional afiliada a la ONU, que empezó a funcionar en 1945 a raíz de los acuerdos tomados en la Conferencia de *Bretton Woods* en julio de 1944. Tiene como fines el desarrollar la cooperación monetaria entre los países y el crecimiento equilibrado del comercio mundial, asegurar la estabilidad de los cambios y evitar las devaluaciones competitivas, ayudar al establecimiento de un sistema multilateral de pagos y suministrar a los miembros fondos para corregir los desequilibrios en sus balanzas de pagos o al menos disminuir su duración. La máxima autoridad es la Junta de Directores, pero ésta delega muchos de sus poderes a los Directores Ejecutivos. Los miembros con cuotas más altas (EUA, Gran Bretaña, Francia, República Federal Alemana e India) tienen un Director Ejecutivo cada uno, y otros trece son elegidos entre los demás países miembros.

²⁵ El 18 de febrero de 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó a una Conferencia Internacional de Comercio. Dicha Conferencia se reunió en Londres (otoño de 1946) y en Ginebra (1947) y concluyó en la Habana (noviembre de 1947 a marzo de 1948). El resultado de estas reuniones fue el texto de una Carta de comercio internacional, conocida como la "Carta de la Habana". Unas 53 naciones la firmaron de inmediato, pero no podía entrar en vigor hasta ser ratificada por los Parlamentos de la mitad de los países como mínimo. En diciembre de 1950 el presidente norteamericano Truman decidió no someter al congreso la Carta de la Habana, y como ésta habría sido inútil sin su adhesión, tampoco obtuvo el apoyo necesario por parte de otros estados. La Carta preveía la creación de una Organización Internacional de Comercio (OIC), cuya misión era triple: (i) poner en práctica la Carta; (ii) estudiar los problemas del comercio internacional, y; (iii) arbitrar las diferencias surgidas entre los países miembros. Con respecto a los principios, existían cuatro disposiciones esenciales: (i) la no discriminación en materia de comercio; (ii) la reducción de los derechos arancelarios; (iii) la supresión de las restricciones cuantitativas, y; (iv) la condenación de los carteles internacionales privados.

²⁶ Véase *supra* notas al pie No.17 y 18.

la economía soviética, resaltando también un proyecto para la transformación del sistema político, ambos promovidos por *Mijail Gorbachov*.

En la década actual, indudablemente es importante mencionar la unificación económica, monetaria y política de las dos Alemanias. Desgraciadamente todos los cambios que se han observado en los países socialistas no constituyen una garantía real para obtener buenos resultados.

Dentro de este ámbito de relaciones internacionales comerciales que se está incrementando cada vez más en la actualidad, encontramos el fenómeno de la regionalización de los mercados, mediante el cual los países establecen lazos para intercambiar sus productos. Generalmente los países interesados se basan en la ubicación geográfica y en otros elementos unificadores como son el sistema económico y jurídico de cada uno, lo que facilita indudablemente la celebración de contratos y la solución de las controversias derivadas de los mismos.

Marcos Kaplan,²⁷ considera a esta integración económica internacional como "el conjunto de grados y formas de cooperación e interdependencia económica entre Naciones, que implican el abandono en dominios determinados de la soberanía estatal en materia económica, social y hasta política, en favor de una nueva entidad soberana común". Kaplan, establece que los grados ascendentes reconocidos de integración económica internacional suelen ser:

1. La zona de libre comercio. Es una asociación de países entre los cuales se suprimen todos los derechos de aduanas, las tarifas, cuotas y otras restricciones cuantitativas a la libre circulación de la mercancía, así como los subsidios y otros incentivos a la exportación, y similares medidas gubernamentales que influyen en el comercio. Cada país sigue siendo libre de mantener su política aduanera y sus medidas regulatorias del comercio internacional respecto a terceros países.²⁸
2. La unión aduanera. Se establece por dos o más países que suprimen derechos aduaneros, cuotas y restricciones cuantitativas al libre intercambio de bienes y servicios entre ellos, al tiempo que establecen una tarifa exterior común contra los países no miembros.²⁹

²⁷ Kaplan, Marcos, "**Diccionario Jurídico Mexicano**", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Tomo V, México, 1985, pp. 153. Véase SECOFI, "**México en el Comercio Internacional**", México, 1990, p. 78.

²⁸ Como ejemplos podemos mencionar entre otras, la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Estocolmo 1959; la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), Montevideo 1960; Tratado de Libre Comercio (TLC), América del Norte 1994.

²⁹ Como ejemplo podemos mencionar entre otras uniones aduaneras: (i) la BENELUX (*Belgium, Netherland and Luxemburg*), creada por acuerdo entre Bélgica y Luxemburgo, por una parte, y Holanda por la otra, en 1948, y tratado final ratificado en 1960. En 1958, la Benelux se une a la entonces Comunidad Económica Europea; (ii) la Unión Aduanera y Económica del África Central, que sucede el 1o. de enero de 1966 a la antigua Unión Aduanera Ecuatorial de 1959 y comprende al Congo, Gabón, República Centroafricana, Chad y Camerún, y; (iii) la Unión Aduanera de los Estados del África Occidental en 1959, que comprende a los estados de la antigua África Occidental Francesa (excepto Guinea).

3. El mercado común. Es una unión aduanera a la cual se agrega la libre circulación de capitales y personas.³⁰
4. La unión económica. Es un mercado común que se completa con políticas económicas armonizadas por los países participantes.³¹
5. La integración económica total. Sería el grado máximo de integración, en donde se agregan las características de la unificación de políticas monetarias, fiscales, sociales, eventualmente una planificación para todo el espacio económico integrado.

El fenómeno de integración comercial no es privativo de una región, pues lo vemos en Europa Occidental (CE),³² entre los países del Asia (Cuenca del Pacífico),³³ en América del Norte (TLC),³⁴ en Latinoamérica (Mercado Común Centroamericano, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, Grupo Andino, Mercado Común del Caribe y Mercado Común del Sur)³⁵ y en otras parte del globo terráqueo.

³⁰ Como ejemplos tenemos al Mercado Común Centroamericano de 1961, y la entonces Comunidad Económica Europea de 1958, actualmente la Comunidad Europea (EC) que forma parte de la Unión Europea (UE), véase *infra* pp.25.

³¹ La EC es hasta cierto punto, véase *infra* pp.25.

³² La EC es una Organización económica europea de carácter *supranacional* que forma parte de la Unión Europea, véase *infra* pp.25.

³³ La Cuenca Oriental del Pacífico (COP) es la región más dinámica del mundo del comercio. Se encuentra constituida por Japón, Australia, Nueva Zelanda, China, Malasia, Tailandia, Filipinas, Singapur, Indonesia, Brunei, Corea del Sur, Hong Kong, Taiwán, Fiji y Papúa-Nueva Guinea. Los países de la zona se han caracterizado por elevadas tasas de crecimiento y un notable desempeño exportador. En particular, las naciones de la COP cuentan con casi la tercera parte de la población del mundo, y tienen una producción agregada que representa el 20% del PIB (Producto Interno Bruto) mundial. La acumulación de excedentes comerciales hacen de la COP una de las fuentes más importantes de inversión extranjera directa. Dentro de este grupo destaca Japón que se ha constituido en el motor que impulsa el desarrollo económico de la región. El crecimiento de los países vecinos se ha basado en la transferencia de recursos y tecnología proveniente de ese país.

³⁴ Véase *infra* p. __.

³⁵ Los antecedentes de la integración latinoamericana se remontan al momento mismo de la emancipación en 1810, dado que el proyecto independentista incluía la idea de constitución de una sola gran Nación, a partir de la unidad político-administrativa que España y Portugal impusieron a sus colonias latinoamericanas. El proceso de integración comienza a plantearse en términos más concretos y urgentes en el presente siglo durante las décadas de los años cincuenta y sesenta, sobre todo por influencia e impulso de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales. Las principales realizaciones han sido hasta la fecha: el Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Grupo Andino, el Mercado Común del Caribe y el Mercado Común del Sur.

El Mercado Común Centroamericano tiene comienzo en Tegucigalpa el 10 de junio de 1958 con el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica, y se institucionaliza en Managua el 13 de diciembre de 1960 por el Tratado General de Integración Económica de América Central, que suscriben Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. El Tratado comenzó a regir en junio de 1961, con sede en El Salvador. Sus órganos son: el Consejo Económico de los Ministros de Economía, El Comité Ejecutivo, su Secretariado y el Banco Centroamericano de Integración Económica. Ambos tratados abordan en su texto la temática relativa a la solución de controversias dentro de un marco muy semejante. Los artículos XXV y XXVI, respectivamente, establecen que en cualquier diferencia, los estados contratantes procurarán resolver amistosamente y sólo en el caso de que no obtuvieran avenimiento, la cuestión se someterá a arbitraje y el laudo tendrá fuerza de cosa juzgada (*res judicata*.)

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) fue establecida por el Tratado de Montevideo, de 15 de febrero de 1960, y su ratificación el 2 de junio de 1961. Sus miembros originarios son:

Mención por separado requiere el esfuerzo de los europeos, quienes desde hace más de cuarenta años iniciaron la formalización de la integración económica y consideran que ningún país puede avanzar en su desarrollo económico si no se vincula estrechamente con los demás. Es importante el grado de integración que están buscando los europeos, porque no solo se propone una integración comercial a través de su mercado común, sino también la integración monetaria,³⁶ lo que ha implicado la creación de entidades e instituciones supranacionales que gradualmente sustituyan a sus equivalentes a nivel nacional.

Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, a los que luego se agregan Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia. Su organización Abarca: un Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, Conferencias Anuales de los países miembros, una Comisión Ejecutiva Permanente, un Secretariado y Comisiones Consultivas. La sede reside en Montevideo (Uruguay). El proceso de marcha hacia la zona de libre comercio ha tenido altibajos y estancamientos. Tampoco se realizaron las recomendaciones de perfeccionamiento y acercamiento entre el Mercado Común Centroamericano y la ALALC. El 12 de agosto de 1980 en la misma ciudad, Montevideo, esta organización se convierte en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Ninguno de los dos instrumentos contiene en su texto normas concernientes a la solución de controversias. Sin embargo, el primero ALALC, sí contaba con un protocolo suscrito en Asunción Paraguay el 2 de septiembre de 1967 para la solución de disputas, de conformidad con el cual las partes procurarían negociaciones directas y si no fueren exitosas, se recurriría al arbitraje estableciendo al efecto un tribunal arbitral. El ALADI no contiene ninguna disposición a este respecto.

El Grupo Andino representa el proyecto de integración económica sub-regional, intentado por Colombia, Chile, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia. Se inicia con la llamada Declaración de Bogotá, de 16 de agosto de 1966. El acuerdo constitutivo, llamado de Cartagena, se aprueba el 25 de mayo de 1969. Los órganos son: la Comisión, la Junta, el Comité Consultivo, el Comité Asesor Económico y Social, los Consejos, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Andino de Reservas y el Tribunal Andino de Justicia. Sus intentos se han desplegado sobre todo en áreas como la programación industrial conjunta, la liberación de los intercambios y el arancel externo común, la armonización de políticas, sobre todo en cuanto al tratamiento al capital extranjero y a la transferencia de tecnología. El Pacto Andino fue modificado por el Protocolo de Quito (Decisión 217 de la Comisión) en 1987, en un espíritu de renovación integracionista. El Tribunal Andino se constituyó en 1979 pero no funcionó sino hasta 1983. Su sede está en Quito, Ecuador y se encuentra formado por cinco Magistrados, cada uno designado por los estados partes. El Tribunal es la suprema autoridad jurisdiccional en cuestiones legales y tiene competencia para resolver todas las controversias que surjan de la interpretación y aplicación del Acuerdo (Artículo 23, Sección E).

La integración en el Caribe comienza en 1968, con la creación de la Asociación de Libre Comercio del Caribe (*CARIFTA* es la sigla inglesa), entre países y territorios del Caribe británico. Al mismo tiempo, se establece el Mercado Común del Caribe Oriental (MCCO), entre las islas menores o menos desarrolladas del Caribe Oriental, que les permitía una actuación colectiva y una mejor participación en los beneficios emergentes del *CARIFTA*. La 7a. Conferencia de jefes de Estado adopta la decisión de transformar *CARIFTA* en un Mercado Común. En la reunión de Chaguaramas, julio de 1973, se firma el Tratado constitutivo de la Comunidad del Caribe, y del establecimiento del Mercado Común del Caribe. A ello se agregan otros acuerdos separados, sobre armonización de incentivos fiscales, creación de la Corporación de Inversiones del Caribe y tratamiento de la doble tributación. La Comunidad del Caribe (*CARICOM*) agrega a los instrumentos de integración económica referidos, sobre todo a la liberación del comercio recíproco, los relativos a la coordinación de políticas y a la planificación del desarrollo regional. Conforme al artículo 19 del instrumento, cualquier disputa derivada de la interpretación o aplicación del mismo será referida a un tribunal de arbitraje *ad-hoc*. Dicho tribunal se integra de una lista de árbitros que deben ser juristas debidamente calificados.

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) se integró en Asunción el 26 de marzo de 1991 por las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y quedó conformado el 31 de diciembre de 1994. Adoptaron un sistema de solución de controversias consistente en negociaciones directas y recomendaciones. Véase Kaplan, Marcos, "**Problemas del Desarrollo y de la Integración de América Latina**", Monte

Como una conclusión a este breve repaso del contexto mundial, podemos mencionar que en la época contemporánea, "las transacciones mundiales tienden a concentrarse en tres grandes mercados regionales: Japón, Estados Unidos y la Unión Europea. Esta distribución se altera en los años ochenta con la irrupción de los países de industrialización reciente, que capturan cerca del 25% del comercio mundial de manufacturas (Hong-Kong, Taiwán, Brasil y México)."³⁷

Estos procesos de regionalización y globalización económica se regulan según los grados de supranacionalidad que otorguen a sus órganos comunitarios y la profundidad de los compromisos de integración económica, comercial y política de sus miembros. Por lo tanto, es importante hablar un poco acerca de la soberanía de cada Estado, ya que si analizamos la situación de la Unión Europea, en la cual se busca la unión económica de un mercado común con matices políticos y sociales, como lo mencionamos con anterioridad, se podría pensar que se está atentando contra la soberanía de cada Estado integrante. Al respecto creemos, como lo consideran varios autores, que dichos estados no están cediendo parte de su soberanía, simplemente hacen ejercicio de la misma.

En apoyo de lo anterior, conviene recordar el concepto de soberanía,³⁸ explicado como "la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder, concepto negativo que se traduce en la noción positiva de una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional",³⁹ entendiéndose esto como la facultad de autodeterminación del Estado, cuyas características como soberano son la independencia y la supremacía.

"La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, el poder soberano de un Estado existe sobre bases de igualdad con relación a los demás estados soberanos. La independencia es, pues, cualidad de la soberanía exterior. La noción de supremacía, en cambio, se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado."⁴⁰

Vattel, cuya opinión de la soberanía es acorde con lo antes planteado, conceptualiza dicho precepto desde un punto de vista interno y otro externo; el primero, como el poder supremo del Estado dentro de su propio territorio y, el segundo, como la obligación de cada Estado de respetar la soberanía de otro Estado soberano.⁴¹

Avila Editores, México, 1976 y Kaplan, Marcos, *Op.cit.* nota al pie No. 27, p. 155.

³⁶ La moneda se denominará *ECU* (*European Currency Unit*) y estará en circulación a partir del 1º. de enero de 1999.

³⁷ Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, *Op.cit.* nota al pie No.8, p. 12.

³⁸ El nacimiento del principio de soberanía se le reconoce a *Jean Bodin* (1530-1596), quien desarrolló la clásica definición de soberanía a través de su conocida fórmula "*potestas legibus soluta*", es decir, "el monarca no esta obligado por la ley". Conforme a este principio clásico de soberanía, resultaba irreconciliable hablar de soberanía y de responsabilidad al mismo tiempo, en la inteligencia que, como decía *León Duguit*, "las dos nociones de soberanía y responsabilidad son antinómicas, pues si se cree que el Estado es soberano, no se puede admitir que él sea responsable; y si se afirma que él es responsable, no se puede admitir que él es soberano." Véase esta cita en Serra Rojas, "**Derecho Administrativo**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1979, p.612.

³⁹ Tena Ramírez, Felipe, "**Derecho Constitucional Mexicano**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1955, p. 6.

⁴⁰ Véase *idem*, p. 5.

Bajo este esquema, podemos afirmar que un Estado, cuando decide intervenir en relaciones comerciales con otros, creando uniones comerciales hasta el grado de un tratado de libre comercio o un mercado común, lo hace propiamente en ejercicio de su soberanía, sin perder el grado de igualdad ante los demás, ni sujetarse a una relación de subordinación con algún otro Estado. Nunca ceden soberanía, sólo aceptan restringir su libertad absoluta a cambio de concesiones similares de otros estados.

1.3. EL CASO DE MEXICO FRENTE AL COMERCIO INTERNACIONAL.

Es conveniente ahora, hacer un somero análisis sobre la situación y el desarrollo que ha tenido México frente al comercio exterior, llegando a ser considerado como la segunda economía mas grande de la región.⁴² Así podemos mencionar que México ha tenido una importante intervención en los últimos años, acrecentándose cada vez más el tráfico comercial de nuestra nación y teniendo muy buenas perspectivas.⁴³ Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que entre 1970 y 1980 los mexicanos incursionamos por primera vez en el mundo de la hiperinflación, época en la cual muchos se enriquecieron, pero por el contrario, muchos más vieron disminuir su poder adquisitivo en forma dramática. Fue en la década de los ochenta cuando se iniciaron reformas económicas a través de la inserción de la economía en los mercados internacionales, terminando poco a poco con la economía cerrada y proteccionista del país. Es decir, el modelo de sustitución de importaciones y el paternalismo económico se había agotado a finales de los setenta, y México empezó a despertar de su letárgico aislamiento a partir de la década de los ochenta, después de haber sufrido una de sus peores crisis económicas. Dichos cambios se iniciaron a partir de 1983, año en que se substituyó la protección comercial basada en permisos previos (licencias) de importación por aranceles. Posteriormente en el año de 1986, como un medio de reorientar la economía mexicana hacia la economía mundial, México firmó el protocolo de adhesión para entrar al *GATT*, actualmente conocido como la OMC.⁴⁴

En los últimos años México se ha propuesto fortalecer el sistema multilateral de comercio, así como ampliar y diversificar el abanico de oportunidades económicas a nivel bilateral.⁴⁵ Para ello, se han elaborado estrategias claras y flexibles, que responden a nuestra

⁴¹ Véase Delbrueck, "*International Protection of Human Rights and State Sovereignty*", 57 Ind L.J. 567 (1982), citado por Contreras Garza, trabajo elaborado para "*el Seminario de Derechos Humanos*", Prof. Jordam Paust, Facultad de Derecho de la Universidad de Houston, Primavera 1990, p. 4.

⁴² *The Economist*, "The world in 1997", p. 99

⁴³ Para mayor abundamiento en la intervención que ha tenido México ante diversos organismos y acuerdos internacionales, tales como la OMC (GATT), la ALADI, con los países de Norteamérica, los de Europa y de la Cuenca Oriental del Pacífico, véase SECOFI, *Op.cit.* nota al pie No. 27.

⁴⁴ Véase *supra* notas al pie No.17 y 18.

⁴⁵ En la actualidad México tienen diversos instrumentos internacionales, celebrados con diversos países, que van desde acuerdos sobre servicios específicos, convenios de cooperación económica, programas de apoyo financiero, convenios comerciales, convenios de desarrollo industrial, hasta tratados de libre comercio. Algunos de los países con lo que México a celebrado estos instrumentos internacionales son: Alemania, Argentina, la Benelux, Belice, Brasil, Bulgaria, Canadá, Colombia, Corea, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, la República Árabe Unida, Egipto, El Salvador, España, Finlandia, Francia, la República Gabonesa, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kuwait, Nicaragua, Noruega, los Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Rumania, Suiza, la antes conocida URSS, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia, República Argelina, Estados Unidos de América y

situación geográfica y a nuestros vínculos históricos; mismas que persiguen garantizar el acceso recíproco, estable y permanente a los mercados. México aplica esta estrategia en todas sus negociaciones con los países de la región y el primer gran logro es el Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile, el cual posteriormente se transformo en un Tratado de Libre Comercio.⁴⁶ La intervención que ha tenido el país dentro de los mercados internacionales ha sido mayor desde la administración del entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, incrementándose con la firma de un Tratado Trilateral con América del Norte⁴⁷ y una mayor relación con otras naciones. De manera particular, podemos mencionar las recientes negociaciones con la Unión Europea que representa un mercado con muy buenas perspectivas, pues aunque es menor en territorio que el cubierto por el TLC, tiene más consumidores que éste y un gran número de productos domésticos.⁴⁸

Como todo parece indicar que tendremos gran relación con los comerciantes de la unión comercial del viejo continente, consideramos de gran utilidad dar algunos lineamientos de esta organización.

Perú. Cabe destacar los tratados de libre comercio que se han celebrado con: Costa Rica, Estados Unidos y Canadá, Venezuela y Colombia, Bolivia, Chile, Nicaragua y a futuro la Unión Europea. Aunque la mayoría de estos tratados de libre comercio han cumplido con los requisitos establecidos en nuestra legislación, no todos han sido aprobados por el Senado de la República Mexicana.

⁴⁶ El Acuerdo se firmó en la ciudad de Santiago de Chile, el día 22 de septiembre de 1991, el cual fue aprobado por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el día 4 de diciembre del mismo año, según Decreto publicado en el DOF el día 16 de diciembre de dicho año. Tal Acuerdo de complementación económica entre los dos países se publicó en el DOF el día 23 de diciembre de 1991. El Tratado de Libre Comercio con Chile se firmó en Santiago de Chile el 17 de abril de 1998 y se encuentra pendiente de aprobación por parte del Senado Mexicano.

⁴⁷ Véase *infra* nota al pie No. 592.

⁴⁸ El 26 de abril de 1991, México firmó un acuerdo de cooperación con la Comunidad Europea que entró en vigor el 5 de abril de 1995. Este acuerdo reemplazó el acuerdo de cooperación de 1975 y tuvo una duración de cinco años. Los objetivos de este acuerdo fueron: (i) la creación de vínculos económicos; (ii) la creación de economías permanentes; (iii) un crecimiento en los niveles de vida; (iv) tener acceso a nuevos mercados y fuentes de capital; (v) tener mayores fuentes de inversión y transferencia de tecnología; (vi) cooperación entre agentes económicos; (vii) un crecimiento en nivel de empleos; (viii) cuestiones de medio ambiente; (ix) desarrollo de medidas rurales, y; (x) desarrollo científico y técnico.

A través de este acuerdo se estableció la Comisión Mixta Mexico-EU, con sede en Bruselas, Bélgica, la cual representa una base institucional de la relación entre ambas partes y cuyo mayor propósito fue asegurar el funcionamiento efectivo del acuerdo, así como acordar y coordinar actividades, proyectos y concretar acciones relacionadas con los objetivos del acuerdo, proponiendo las medidas necesarias para ello y examinar la evolución de los intercambios y cooperación entre ambas partes.

En virtud de que la vigencia del mencionado acuerdo terminó, y debido al gran interés que México y la Comunidad Europea han tenido en lograr una buena relación comercial, el 2 de mayo de 1995, ambas partes suscribieron el compromiso de celebrar un nuevo acuerdo que incluya aspectos comerciales, de cooperación y políticos. Dentro de los objetivos planteados se enfatiza la creación de un marco favorable para el intercambio de mercaderías, servicios e inversiones, incluyendo la liberación progresiva de barreras arancelarias, tomando siempre en consideración las reglas creadas por la OMC.

El 25 de junio de 1996, el Consejo de la Comunidad Europea aprobó el inicio de las negociaciones con México. El 14 de octubre del mismo año se llevó a cabo una reunión técnica en Bruselas con el propósito de preparar el inicio de dichas negociaciones. El 18 de noviembre del mismo año, México presentó a la Comisión y al Consejo una propuesta de trabajo y finalmente el 8 de diciembre de 1997 se suscribió en Bruselas, el Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte y la Comunidad Europea, por otra. El Decreto por el que se aprueba dicho Acuerdo fue publicado en el DOF el 21 de mayo de 1998.

La Unión Europea (UE) es una organización de carácter supranacional, cuyos objetivos fundamentales son: la creación de una unidad aduanera y la organización de una unión económica, en complementación de ambas; promover el desarrollo armonioso de las actividades económicas en la comunidad; una expansión continua y equilibrada; una estabilidad creciente; un aumento de nivel de vida, y; unas relaciones más estrechas entre los estados que reúne. Los medios para la realización de tales fines son: la libre circulación de mercancías entre los países miembros; merced a la gradual eliminación de las barreras aduaneras (aranceles, contingencias, etc.); el establecimiento de una tarifa común frente a terceros países; política agrícola común; libre circulación de personas, servicios y capital; política común en materia de transportes; puesta en vigor en forma gradual, de una política económica común en lo referente a sistemas fiscales, seguros sociales y, en definitiva, de un acercamiento de las respectivas legislaciones económicas y sociales; facilitar los acuerdos entre empresas que contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos y a impulsar el progreso técnico, prohibiendo, sin embargo, las políticas (estatales o empresariales) que tiendan a restringir la competencia en el mercado (*cartels*, *trust*, monopolios, *dumpings*, discriminaciones fiscales, etc.).

Generalmente se piensa en la Unión Europea como una sola entidad; sin embargo, la organización europea se encuentra formada por tres comunidades: (i) la Comunidad Europea (CE) cuyo primer nombre fue Comunidad Económica Europea (CEE);⁴⁹ (ii) La Comunidad Europea de Acero y Carbón (CEAC),⁵⁰ y; (iii) La Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom).⁵¹

⁴⁹ El tratado que creó la entonces Comunidad Económica Europea (Tratado EEC) se firmó en Roma el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1º de enero de 1958. Los países signatarios fueron: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda. Al inicio, compartía la Asamblea y Corte con las demás comunidades, pero cada una contaba con su propio Consejo y Comisión y no fue sino hasta el 8 de abril de 1965, que se firmó en Bruselas el Tratado Estableciendo un sólo Consejo y una sola Comisión para las Comunidades Europeas, el que entró en vigor el 1º de julio de 1967, acordando Bruselas como la sede para estas instituciones.

El 1º de enero de 1973, se unieron a la CE el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Grecia lo hizo el 1º de enero de 1981. España y Portugal a partir del 1º de enero de 1986. Finalmente Austria, Suecia y Finlandia forman parte de la EC desde de de 19 .

El 7 de febrero de 1992, en Maastricht, una localidad en Holanda, se firmó el Tratado de la Unión Europea, mejor conocido como el Tratado de Maastricht, el cual entró en vigor el 1º de noviembre de 1993. Este acuerdo trajo importantes cambios conceptuales encaminados a lograr una Federación Europea. El nombre de CEE fue cambiado a CE y se creó un nuevo ente: la Unión Europea, fundada en las tres comunidades europeas aumentadas con la políticas de cooperación; es decir, se decidió contar con una política común de seguridad y la cooperación en el campo de la justicia y relaciones internas. Se acordó la creación de una ciudadanía común y en un futuro cercano, la creación de una moneda única, llamado *ECU* (*European Currency Unit*). Asimismo, se trató la creación de un capítulo social que pretende desarrollar la dimensión social de la Comunidad.

⁵⁰ Siendo la comunidad mas antigua, el Tratado que la creó se firmó en París el 18 de abril de 1951, por lo que es también conocido como “el Tratado de París”. Entró en vigor el 25 de julio de 1952 y se integró en un principio por los seis países firmantes del Tratado EEC. Cuatro instituciones fueron creadas en esta comunidad: (i) el Consejo, integrado por representantes de los países miembros; (ii) la Comisión, que es un cuerpo *supranacional*, originalmente denominado como la “alta autoridad”; (iii) la Asamblea, y; (iv) la Corte. Con excepción de la Asamblea, la cual normalmente se reúne en Estrasburgo, estas instituciones fueron instaladas en Luxemburgo.

⁵¹ El tratado que creó esta comunidad se firmó y entró en vigor al mismo tiempo que el Tratado EEC con la participación de los mismos países signatarios.

La CE es la de mayor importancia ya que tiene un ámbito de aplicación general y cubre todos los sectores económicos no cubiertos por las otras comunidades. La CE cuenta con cinco instituciones, en las que se observa la tradicional división de poderes en cuatro categorías: legislativo, ejecutivo, administrativo y judicial. Sin embargo, hay que mencionar que el principio de separación de poderes no es rígido, pues encontramos varios casos en los que intervienen dos o mas de ellos, lo que conlleva a un mejor equilibrio entre las mismas. Tres de las instituciones tienen una función política (la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo) y las dos restantes tienen una función netamente jurídica (la Corte Europea de Justicia y la Corte de Auditores). Como órganos complementarios del Mercado Común se han creado: el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo social Europeo.

La Comisión es el órgano en donde son mas notables los aspectos de federación de la comunidad. Su principal labor es la formulación de propuestas para nuevas políticas de la comunidad, mediación entre los países miembros para asegurar la adopción de dichas propuestas, la coordinación de políticas nacionales y prever el cumplimiento de las políticas ya existentes en la comunidad, contando también con importantes facultades legislativas. La Comisión se caracteriza por contar con la confianza de los países miembros por su imparcialidad, sin embargo, en ocasiones carece de una base política independiente.

La Comisión se encuentra integrada por nacionales de cada país miembro, con por lo menos uno y no mas de dos del mismo país. Cada comisionado es responsable de una materia específica y se encuentra asistido por su Gabinete, que es un grupo de personas designadas por él mismo. La Comisión está dividida en departamentos conocidos como Direcciones Generales, cada una encabezada por un Director General y éstas a su vez están divididas en Direcciones, encabezadas por un Director, y éstas en Divisiones, encabezadas por la Cabeza de División. Asimismo, cuenta con varios departamentos especializados en diversas materias, como sería un departamento de servicios legales.

El Consejo es el órgano en donde los intereses de los países miembros tienen expresión directa. Toma la última decisión en casi todos los procesos legislativos de la CE, celebra acuerdos con países extranjeros y representa a la CE en cualquier acto, así como, junto con el Parlamento, decide el presupuesto de la CE.

Esta institución se encuentra formada por delegados de cada país, con nivel de ministro y facultades suficientes para comprometer a su país. Cuando se discuten cuestiones generales los estados miembros generalmente son representados por sus ministros de relaciones exteriores, pero otros ministros podrán representar a sus países dependiendo la materia, v.gr. el de agricultura, energía, etc.⁵² La presidencia del Consejo se rota semestralmente y la función que tiene es convocar a reuniones, presidirlas, llamar a votar y firmar las actas resultado de las reuniones. El Consejo cuenta con su Secretaría

⁵² Los ministros solamente están en Bruselas por un período corto de tiempo, por lo que se estableció un Comité de los Representantes Permanente de los Estados Miembros, conocidos por su acrónimo francés *COREPER*, con la finalidad de preparar el trabajo del Consejo. Los representantes permanentes son los embajadores ante la CE y este Comité representa a los estados miembros en un nivel mas bajo que el de los ministros. La *COREPER* se reúne en dos niveles: los suplentes de los representantes permanentes (*COREPER I*) para asuntos mas técnicos y los representantes permanentes (*COREPER II*) para cuestiones políticas mas importantes.

General, la cual se encuentra dividida en Direcciones Generales y encabezada por un Secretario General. Tiene su propio departamento legal.

El Parlamento Europeo representa a la gente de la Comunidad; su principal labor es de índole legislativa y presupuestal, así como la formulación de preguntas parlamentarias las cuales son publicadas en un diario oficial. En general, sus actividades son las correspondientes a un órgano consultivo.

En un principio los representantes eran elegidos por los parlamentos nacionales y a partir de 1976 se acordó que fuese mediante elección directa, siendo las primeras elecciones en 1979. Los cargos de miembros del parlamento (*MEPs*)⁵³ se ejercen por períodos de cinco años y el número de representantes no es proporcional a la población que tiene cada país miembro. Los *MEPs* se sientan en el Parlamento de conformidad con su partido, sin tener nada que ver con el país. Dentro del Parlamento existen diversos Comités organizados por materias; gran parte del trabajo del Parlamento es realizado por estos Comités.

La Corte Europea de Justicia tiene como principal función la observancia, interpretación y aplicación de la ley de la CE apartándose de cuestiones políticas, la actuación como *referee* entre los estados miembros y la comunidad así como entre las instituciones de la comunidad.⁵⁴

Los jueces de la Corte son designados de común acuerdo por los países miembros por períodos de seis años y, de conformidad con los tratados, estas personas deben contar con independencia indudable y tener la capacitación requerida en los cargos de mas alto nivel en la estructura judicial de cada país. El Presidente de la Corte es elegido por los mismos jueces y su labor es dirigir los asuntos judiciales y administrativos de la Corte y presidir las sesiones de la misma, en donde las decisiones son tomadas por mayoría. La Corte esta dividida en Cámaras cuya dirección se encarga a un Juez por períodos de un año.

Además de los jueces hay un número de Abogados Generales en la Corte, quienes tienen el mismo *status* que los jueces. Su función es asistir a la Corte, mediante una actuación imparcial e independiente, para formular opiniones razonadas sobre casos ante la Corte. Otros cargos en la Corte son los de Registradores, quienes son designados por períodos de seis años y son responsables de las cuestiones procesales así como de la administración de la Corte. Los Secretarios Legales juegan el papel del asistente de los jueces o los abogados generales y su labor es efectuar investigación que apoye las decisiones y opiniones que preparan sus superiores. Finalmente, podemos mencionar que la Corte cuenta con una librería impresionante y con, por lo menos, un abogado de cada país miembro, lo que hace que sea un verdadero centro legal europeo.

La Corte de Auditores con sede en Luxemburgo, tiene una estructura parecida a la Corte de Justicia, y su función es examinar las cuentas de ingresos y egresos de la CE.

⁵³ Se conocen como Miembros del Parlamento Europeo y su salario es el mismo al de sus compatriotas, lo que significa que hay gran diferencia entre el pago de los diversos *MEPs* de diferentes países. Los *MEPs* tienen ciertos privilegios e inmunidades.

⁵⁴ En 1989 se creo la Corte de Primera Instancia con la idea de ayudar a la Corte Europea de Justicia con asuntos que no tuvieran gran importancia política o constitucional y que no envolvieran hechos complejos. Hay un juez de cada país miembro.

Entrega al Consejo y al Parlamento un reporte confiable de las cuentas y las transacciones realizadas. Emite un reporte anual que contiene el estado financiero de la CE, el cual se envía a todas las instituciones y es publicado en el Diario Oficial junto con las observaciones de cada institución y de la propia Corte. Las decisiones son tomadas por mayoría. El fraude y maluso financiero es algo que ha preocupado mucho a la CE y es por esa razón que se decidió darle el nivel de institución europea a esta Corte.

Sus integrantes son elegidos, por períodos de seis años, entre personas que pertenecen, o han pertenecido en sus respectivos países a organismos auditores externos o que tengan especialidad en ello. Su independencia debe ser indudable. La Corte está encabezada por un Presidente que ocupa el cargo por tres años.⁵⁵

Regresando al tema de la evolución de la economía mexicana, ésta no ha sido una simple innovación por parte de la actual y anterior administración, sino que es el resultado de dos circunstancias:

1. La posible maduración de la economía mexicana.
2. La integración silenciosa y gradual con Estados Unidos de América.

En cuanto a la posible maduración de la economía mexicana, podemos mencionar que durante la tercera década del presente siglo, el esfuerzo del gobierno se orientó a pacificar a la nación y lograr una estabilidad política y económica, como puede verse de la creación del Partido Nacional Revolucionario, de la Comisión Monetaria, del Banco de México y de la Comisión Nacional de Irrigación. Se deseaba proyectar al desarrollo en forma más independiente y por ello surgió la Ley de Planeación,⁵⁶ se fortalecieron las facultades del Banco Central y se crearon el Banco Nacional Hipotecario Urbano de Obras Públicas y Nacional Financiera. En la década de los treinta surgieron el Banco Nacional de Crédito Ejidal, los Almacenes Nacionales de Depósito, la Comisión Federal de Electricidad, Petróleos Mexicanos, el Banco de Comercio Exterior y Ferrocarriles Nacionales de México. En los años cuarenta, a partir de la Segunda Guerra Mundial México vió en la industrialización un camino que al mismo tiempo que modernizara al país y mejorara las condiciones de existencia de las grandes mayorías, afirmara y fortaleciera la independencia económica de la nación.⁵⁷ En el régimen de Manuel Avila Camacho se inició un cambio en la política económica del Estado, ya que dicho conflicto bélico permitió a México llevar adelante un programa de exportaciones de materias primas y de productos manufacturados, continuando con el incremento de inversiones en los sectores energético y de transportes e iniciando su participación en la siderurgia y los fertilizantes. Esta política económica, en las décadas de los cincuenta y los sesenta, se denominó "desarrollo estabilizador", ya que se dio

⁵⁵ Para mayor información sobre cualquiera de las comunidades o instituciones antes mencionadas véase Hartley, T.C., *"The fundation of European Community Law"*, Oxford University Press, Third Edition, 1994 y Craig, Paul and De Búrca Gráinne, *"EC Law. Text, Cases & Materials"*, Oxford University Press, 1997.

⁵⁶ La ley en vigor se publicó en el DOF el día 5 de enero de 1983.

⁵⁷ Tello, Carlos, *"La Política Económica en México 1970-1976"*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1985. A este respecto, véase Rodríguez y Rodríguez, Guillermo, *"La industria de la Energía Eléctrica en México y la Participación de la Comisión Federal de Electricidad en el Desarrollo Económico de la Nación"*, ensayo incluido en la publicación de CFE denominada Certámen de Ensayo Histórico del 50 Aniversario, México, 1988.

un crecimiento del producto interno, una estabilidad notable en las finanzas públicas y el establecimiento de una planta productiva substitutiva de importaciones. Este crecimiento se dio gracias a varios factores como son: (i) el destino de recursos financieros en favor del desarrollo industrial; (ii) una política impositiva por parte del Estado en materia fiscal, otorgándole exenciones a las industrias; (iii) subsidios para los bienes generados por el sector público, y; (iv) en general una política comercial proteccionista que benefició al sector substitutivo de importaciones. En este actuar tuvo gran participación Nacional Financiera, que durante esos años fue la principal intermediaria de los préstamos obtenidos del exterior, destinando más del 50% de sus créditos a la industria básica. También, durante esos años se facilitó el acceso a combustibles y energía eléctrica para las industrias (con frecuencia a precios subsidiados), además de tener una gran red de carreteras y de transporte ferroviario, lo que ayudó enormemente para el desarrollo de la industria nacional y para la satisfacción de las demandas del mercado interno, creciendo así desde el punto de vista económico grandes urbes como son la Ciudad de México, Guadalajara y Monterrey. Esto tuvo como consecuencia que durante la época de los setenta hubiera mayor número de importaciones en materias primas y bienes intermedios, concentrándose la industria nacional en bienes de consumo final, lo cual es muy importante para una economía que tiene como perspectivas dejar de ser dependiente de las demás y empezar un proceso de maduración.

Por otro lado, el Estado utilizó los aranceles, que anteriormente tenían un fin meramente recaudatorio, como los principales instrumentos de la protección industrial.⁵⁸ El mismo papel desempeñaron las licencias a las cuales se hizo referencia con anterioridad,⁵⁹ así como los precios oficiales fijados por las autoridades hacendarias para los productos del comercio exterior.

Todo lo anterior obligó a las industrias nacionales a producir y tener un desarrollo, aunque el precio por sus productos fuera más alto que el de los productos importados. Sin embargo, esto fue necesario, pues la economía de aquellos años requirió demasiada protección para poder crecer y después relacionarse con los demás. Así, la política comercial respondía estrechamente a la idea de nacionalismo e independencia, y a la generación de una capacidad propia.

Tal proceso de maduración trajo como ventajas o beneficios, el que en la actualidad se pueda pensar que la economía mexicana ya muestra manifestaciones de estar lo suficientemente madura para poder intervenir en el mercado internacional; sin embargo, calificamos esta circunstancia como de "posible maduración", porque no existe ningún parámetro lo suficientemente exacto para saber en qué momento una economía está totalmente preparada para tal participación. Como desventajas de este proceso de maduración, nos encontramos con los fenómenos de inmigración a las grandes ciudades por parte de los trabajadores del campo (pues las industrias tienden a ubicarse lo más cerca posible de los centros de consumo nacionales), los altos costos a que están sujetos los productos por la falta de competencia, el atraso en la tecnología y la ausencia de inversión extranjera, la cual desde 1973 se reguló con la ley respectiva.⁶⁰

⁵⁸ Principalmente se dió en el área de recursos naturales, como son petróleo, energía eléctrica, hierro, acero, cemento, minería y área de transportes.

⁵⁹ Véase *supra* p. 23.

En cuanto a la integración silenciosa con Estados Unidos de América, como la segunda circunstancia ya mencionada, podemos decir que el derecho mercantil indudablemente tiene como labor regular las situaciones que de hecho se van dando en el comercio y éste es el caso de lo que sucede con las economías mexicana y norteamericana, pues ambas han tenido y tienen cada vez más una interrelación profunda, la cual ya ha sido regulada a través del derecho internacional convencional.⁶¹ Esa interrelación en ocasiones sobrepasa la voluntad de los dos países, pues son varios factores los que intervienen en ella, como son la ubicación geográfica de las dos naciones y la escasez de determinados productos que no encontramos en una, pero sí en la otra. Esto trae como consecuencia que el gobierno del país vecino esté interesado en los problemas de la estabilidad política y económica de México, ya que hay algunos fenómenos que tienen implicaciones binacionales, como son el desarrollo industrial, la contaminación, el narcotráfico y la migración de indocumentados.⁶² Cada día la frontera constituye una barrera menos restrictiva entre los dos países y cada vez es mayor la comercialización de productos entre

⁶⁰ Ley de Inversiones Extranjeras publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1993, (anteriormente conocida como Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el DOF el 9 de marzo de 1973). Sigue en vigor el Reglamento de la ley anterior publicado en el DOF el 16 de mayo de 1989.

Es conveniente mencionar que tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como la ley que regula la inversión extranjera establecen determinadas áreas en la economía en las cuales únicamente puede participar el Estado -estratégicas-, otras que están reservadas únicamente para los nacionales mexicanos -prioritarias-, y por último, otras en las que por regla general únicamente se permite participación de inversión extranjera hasta un 49%, ya que esto es consecuencia del régimen proteccionista que ha tenido el Estado. Al respecto la legislación doméstica en materia de inversión extranjera contempla la posibilidad de que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) (Alvarez Soberanis la califica como un organismo desconcentrado, intersecretarial, interdisciplinario y de alto nivel político) resuelva sobre el aumento o la disminución del porcentaje a que aluden los artículos 8 y 9 de la ley antes mencionada, cuando a su juicio sea conveniente para la economía del país y fije las condiciones conforme a las cuales se recibirá, en casos específicos, la inversión extranjera.

La adopción de la nueva Ley de Inversión Extranjera se llevó a cabo con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la firma del Tratado Trilateral de Libre Comercio, uno de cuyos propósitos es la liberación de la economía y la privatización parcial o total de algunos sectores, lo cual ha repercutido en mayores inversiones extranjeras. Al respecto, expresamos nuestra opinión en el sentido de que debe fomentarse el desarrollo económico sin detrimento de la soberanía nacional, tal como se ha hecho hasta ahora.

Debemos tomar en cuenta que la inversión extranjera no debe participar en todas las áreas de la economía mexicana, considerando lo que menciona Jaime Alvarez Soberanis, "la práctica de un gran número de países consistente en que se reserven al Estado ciertas actividades económicas estratégicas, se justifica entre otras razones, por la necesidad de defender y conservar los recursos naturales no renovables que pudieran agotarse si se dejara su explotación a los particulares, ya sean nacionales o extranjeros." Alvarez Soberanis, Jaime, **"El Régimen Jurídico y la Política en Materia de Inversiones Extranjeras en México"**, Editorial Themis, México, 1991, p. 168. Para el fundamento jurídico del Derecho Económico mexicano, véanse los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶¹ Véase TLC *infra* nota al pie No. 592.

⁶² En la actualidad se han celebrado los siguientes tratados internacionales entre México y Estados Unidos de América que regulan cuestiones ambientales: (i) Acuerdo de Cooperación sobre la Contaminación del Medio Marino por Derrames de Hidrocarburo y otras Sustancias Nocivas (firma 24 de julio de 1980); (ii) Acuerdo de Cooperación sobre la Contaminación del Medio Ambiente a lo Largo de la Frontera Internacional por Descarga de Sustancias Peligrosas (firma 18 de julio de 1985); (iii) Acuerdo de Cooperación sobre la Contaminación Transfronteriza del Aire Causado por las Fundidoras de Cobre a lo Largo de su Frontera Común (firma 29 de enero de 1987), y; (iv) Acuerdo de Cooperación Relativo al Transporte Internacional de Contaminación del Aire Urbano (firma 30 de octubre de 1989).

ellos. Este fenómeno, aunque no tan marcado, lo empezamos a encontrar con otras naciones o bloques económicos, como sucede con América central, América del sur y Europa Occidental.

1.4. REGULACION JURIDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL.

En virtud de las relaciones comerciales internacionales y los progresos técnicos alcanzados en los últimos cien años, se ha acelerado el proceso de transformación de la sociedad, originándose la necesidad de desarrollar el derecho internacional privado. La Sociedad de las Naciones,⁶³ en la segunda década del presente siglo, inició actividades encaminadas al desarrollo sistemático del derecho internacional. Posteriormente continuó con esa labor la Organización de las Naciones Unidas (ONU),⁶⁴ que creó un Comité a cuyo cargo estuvo la preparación de los Estatutos de la Comisión de Derecho Internacional, que tuvo como propósito la creación de ese nuevo derecho; sin embargo, dicha Comisión únicamente se encargó del derecho internacional público y en pocas ocasiones analizó aspectos relacionados con el derecho internacional privado. Uno de los beneficios aportados por la referida Comisión de Derecho Internacional, fue el relativo a la distinción entre los dos medios para unificar el derecho: la codificación y el desarrollo progresivo, como a continuación se indica:

1. La codificación. Es una regulación a nivel internacional de temas que han sido objeto de legislaciones internas en distintos países. El propósito es recopilar criterios existentes, aceptados regional o mundialmente, con el objeto de plasmarlos en tratados internacionales.

⁶³ Organismo de cooperación internacional creado el 28 de abril de 1919 por iniciativa del presidente *Wilson* de los Estados Unidos de Norteamérica, e incorporado al Tratado de Paz de Versalles. Dicho organismo fue disuelto oficialmente al término de la Segunda Guerra Mundial, poco tiempo después de la creación de las Naciones Unidas. Véase Sorensen, Max, "**Manual de Derecho Internacional Público**", (revisión y adiciones a la versión en español de Bernardo Sepúlveda), Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

⁶⁴ Organización internacional destinada a fomentar la cooperación entre las naciones y preservar la paz y la seguridad internacional. Las grandes potencias: EUA, la entonces Unión Soviética y China, acordaron durante la Segunda Guerra Mundial la constitución de una organización internacional, y así lo expresaron en la declaración de Moscú del 1o. de noviembre de 1943. Este acuerdo inicial fue completado en las conferencias de *Dumbarton Oaks* (agosto-septiembre de 1944) y *Yalta* (febrero de 1945). Del 25 de abril al 26 junio de 1945 se reunieron en San Francisco 51 estados con el fin de dar vida a la nueva organización. El 26 de junio de 1945 fue firmada la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre siguiente. Los fines establecidos en ese documento, son los siguientes: respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos los hombres; respeto a la igualdad soberana de todos los países miembros; fomento de la amistad entre todas las naciones, siguiendo los principios de buena vecindad, igualdad de derechos y libre autodeterminación de los pueblos; fomento de la cooperación internacional en los terrenos económico, social, cultural y humanitario; resolución pacífica de las controversias entre estados y de las situaciones capaces de producir un quebrantamiento de la paz; prohibición de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales; apoyo a las medidas de tipo coercitivo que la organización aplique a algún Estado que haya quebrantado la paz; prohibición de intervenir en los asuntos internos de cualquier Estado. La ONU está formada por una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, un Tribunal Internacional de Justicia y una Secretaría General. Véase *idem*.

2. El desarrollo progresivo. Consiste, por el contrario, en la regulación internacional de temas no tratados por las legislaciones internas; o bien, que no han sido suficientemente desarrollados por éstas. El propósito fundamental es la formulación de textos jurídicos uniformes, que atiendan la misma materia para diversos países y que cubran las lagunas legales existentes.

Cuando se trata de una simple codificación, entendiéndola en los términos antes mencionados, generalmente no se presentan problemas; pero al estar frente al desarrollo progresivo, puede haber cierta dificultad para llevarlo a cabo, ya que en la mayoría de los casos se reúnen representantes de varios países interesados para discutir los términos y redacción del documento, lo que comúnmente constituye una labor lenta y difícil.

En ambos casos, la Asamblea General⁶⁵ se reserva el derecho de iniciativa e indirectamente también participan los estados, órganos y organizaciones internacionales que presentan propuestas.

La Comisión integrada para realizar esta tarea examina en su totalidad el campo del derecho internacional, a fin de escoger las materias susceptibles de codificación y cuando juzga necesaria y conveniente la codificación, presenta su reconocimiento a la Asamblea General.

Lo anterior, no quiere decir que la única forma de regular el derecho internacional sea mediante la intervención de la ONU, ya que existen otros organismos regionales o especializados, así como otros medios que sirven para auspiciar tratados internacionales bilaterales o multilaterales.

Si observamos a las distintas naciones, nos podemos dar cuenta de la diversidad que existe entre ellas por la gran variedad de ordenamientos jurídicos, sistemas económicos y tradiciones. No obstante, todos los sistemas jurídicos tienen el rasgo en común de admitir la aplicación del derecho extranjero,⁶⁶ de lo que deriva el problema de determinar cuál es la

⁶⁵ Órgano supremo de la ONU que se compone de representantes de todos los estados miembros. Se reúne una vez al año, en septiembre, o en sesión extraordinaria a petición del Consejo de Seguridad o de la mayoría de los miembros. Cada Estado miembro tiene cinco representantes, pero un solo voto; no existe el derecho de veto. Las decisiones sobre cuestiones importantes (especificadas en la Carta) se toman por mayoría de dos tercios presentes y votantes. Las demás cuestiones solo requieren mayoría simple. La Asamblea General (AG) puede deliberar sobre cualquier asunto que caiga dentro del ámbito de actuación de la ONU o de alguno de sus órganos y adoptar recomendaciones al respecto. Entre estos asuntos, figura en primer lugar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. La AG puede tomar por sí misma acuerdos jurídicamente obligatorios en cuestiones referentes al funcionamiento interno de las ONU. Existen diversas comisiones dependientes de la AG (Comisión de Derecho Internacional, UNICEF, etc.). Véase *idem*.

⁶⁶ En México, esta disposición se encuentra contenida en el artículo 86bis del CFPC, siendo trascendente el artículo anterior.

“Artículo 86. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho.”

“Artículo 86bis. El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero. Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.”

ley aplicable, problema que encuentra solución en el arbitraje comercial internacional. Este denominador común, se destaca como una materia importante y trascendente que sirve de apoyo al establecimiento de relaciones comerciales internacionales sobre la base de unificar las normas sustantivas y adjetivas.

Existen varios organismos que regulan de manera prioritaria el derecho internacional privado: las Conferencias de la Haya,⁶⁷ el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*),⁶⁸ la Cámara de Comercio Internacional⁶⁹ y el Consejo de Asistencia Económica Mutua.⁷⁰ Debemos mencionar, por otra parte, la existencia en los países escandinavos de un derecho uniforme en materia de ventas, así como la cooperación de los países de la *BENELUX*,⁷¹ la Liga de los Estados Arabes,⁷² la

⁶⁷ La Conferencia de la Haya que se celebró en 1930 trabajó sobre la unificación del derecho internacional privado y público. Una Convención y tres protocolos relativos a diversas cuestiones relacionadas con la nacionalidad, redactados en dichas conferencias, corresponden a la esfera del desarrollo progresivo. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período de sesiones, anexo No. 2, **Documento A/5728**, "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", 1970, vol I, "Primera Parte. Reseña Histórica: la Creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI)", p 6.

⁶⁸ El Instituto, conocido comúnmente por las siglas *UNIDROIT* o como el Instituto de Roma, tiene su sede en Roma y se creó en 1926, en virtud de un tratado multilateral concluido con el patrocinio de la Sociedad de las Naciones. Su constitución actual figura en el Estatuto del 15 de marzo de 1940, el que ha sido objeto de reformas en junio de 1957, en julio de 1958 y en diciembre de 1963. El Instituto es un órgano internacional responsable ante los gobiernos participantes y está integrado por sendos representantes de los gobiernos participantes. Los gobiernos, excepto el de Italia, están representados por sus representantes diplomáticos ante el Gobierno italiano, o sus delegados. En la actualidad son miembros del Instituto los gobiernos de 43 países. Se reconoce en general el gran valor de la obra del Instituto de Roma en la preparación de proyectos de convenciones, en especial la Convención relativa a una ley uniforme sobre venta internacional de mercaderías y la Convención relativa a una ley uniforme sobre concertación de contratos de venta internacional de mercaderías. Véase *idem*, p 24.

⁶⁹ Véase *infra* p. ____.

⁷⁰ Al surgir los primeros intentos de unión de la Europa Occidental creados por la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) y por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), apoyados por los EUA (Plan *Marshall*), la Unión Soviética se vió en la necesidad de crear organismos similares para los países socialistas de la Europa Oriental. En 1949 se constituyó el Consejo de Ayuda Económica Mutua (COMECON) que comprende lo que anteriormente era la URSS, República Democrática Alemana, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia y Rumania. El objetivo principal de la COMECON era conseguir una mayor especialización entre los países y evitar la mala asignación de los recursos para el conjunto del área.

⁷¹ Los países integrantes de la *Benelux* son Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. Dicha organización está encargada de estudiar la unificación del derecho privado. La labor de unificación realizada se ha traducido en la adopción de tres medidas. En primer lugar, el 11 de mayo de 1951 los tres países firmaron un Tratado relativo a una ley uniforme sobre derecho internacional privado, cuyo objeto es establecer un régimen único para la solución de los conflictos de leyes. Sólo Luxemburgo ha ratificado el Tratado. En segundo lugar se ha preparado un tratado sobre la competencia judicial, la quiebra, y la validez y ejecución de sentencias judiciales y arbitrales y escrituras públicas. En tercer lugar, se concertó el 19 de marzo de 1962 una Convención de la *Benelux* sobre marcas registradas, pero la misma no ha entrado en vigor. Véase Op.cit. notas al pie Nos. 67 y 37 y supra nota al pie No.29.

⁷² Organización fundada en 1945 por Egipto, Siria, Líbano, Transjordania, Irak, Arabia Saudita y Yemen para la coordinación de la política económica y exterior de los países firmantes y la defensa de la independencia y soberanía de todos los países árabes. Posteriormente se adhirieron Libia, Marruecos, Sudán, Tunicia, Kuwait y Argelia. En 1962 se fundó un mercado común árabe entre Jordania, Kuwait, Marruecos, Siria y Egipto, pero las tendencias unificadoras se ven dificultadas por las grandes diferencias de sus sistemas políticos y el recelo ante la hegemonía de Egipto.

Organización de los Estados Americanos (OEA)⁷³ que encomienda la labor de codificación al Consejo Interamericano de Juristas (CIJ), y cuyos mayores éxitos han sido las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs). Se advierte, en consecuencia, la actividad que vienen desarrollando un gran número de organizaciones internacionales, gubernamentales o privadas, que han tomado y continúan adoptando medidas en la esfera del desarrollo del derecho comercial internacional y principalmente en su unificación.

La unificación del derecho internacional resulta cada vez más necesaria para facilitar las relaciones comerciales entre los países. Dicha unificación, puede definirse como "el proceso en virtud del cual unas normas contradictorias a dos o más sistemas jurídicos nacionales y aplicables a un mismo negocio jurídico internacional son sustituidas por una norma única."⁷⁴ Estos esfuerzos unificadores los encontramos desde el tratado de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1889⁷⁵ y las Conferencias de la Haya,⁷⁶ intensificándose después de la Primera Guerra Mundial bajo la desaparecida Sociedad de las Naciones.⁷⁷ Este movimiento a la unificación, surgió como consecuencia de la multiplicidad y la disparidad de las leyes nacionales.

Igualmente problemático, es el hecho de determinar el tribunal o foro aplicable para resolver el negocio, tema que trataremos con posterioridad y que encuentra solución en el arbitraje comercial internacional basándose en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes; característica del derecho internacional privado y en particular de este medio de solución de controversias.

Los métodos de unificación pueden quedar comprendidos en tres (de manera directa) y uno adicional (que consideramos de manera indirecta):

1. Las leyes uniformes o modelos.
2. Las convenciones internacionales.
3. La unificación de las prácticas de comercio internacional.
4. La modificación a la legislación interna.

La experiencia ha mostrado que cada uno de estos métodos es esencial para la unificación del derecho mercantil internacional y que, además, todos ellos se complementan recíprocamente.

⁷³ Organismo interamericano de cooperación, fundado en Bogotá, el 30 de abril de 1948 y el cual comenzó sus funciones el 17 de diciembre de 1951. Antecesoras del mismo fueron la Unión Interamericana de las Repúblicas Americanas y la Unión Panamericana, convertida en la Secretaría General de la OEA. Forman parte de la OEA los estados hispanoamericanos, Brasil, Haití y EUA. Los objetivos de la OEA son el mejoramiento de las relaciones entre los países miembros, la adopción de una política exterior unificada, cooperación económica, uniformidad del derecho, etc. Cuba fue expulsada de la misma el 31 de enero de 1961 por sus campañas contra los gobiernos de los EUA y de otros estados miembros. Véase Sepúlveda, César, "**Derecho Internacional**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.

⁷⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período de sesiones, anexo No. 2, Documento A/5728, *Op.cit.* nota al pie No.67, p. 14.

⁷⁵ Véase *infra* p. 72 y nota al pie No. 127.

⁷⁶ Véase *supra* e *infra* notas al pie No. 46, 106, 141 y 142.

⁷⁷ Véase *supra* nota al pie No. 63.

En cuanto a la legislación uniforme modelo, podemos mencionar que hay tres etapas para su formación:

1. Selección de la materia.
2. Formulación de un estudio sobre el problema seleccionado, lo que presupone un análisis de todas las leyes que regulan la materia objeto del estudio, así como la valorización de los fines que cumple cada una en el ámbito internacional. Dicho análisis se realiza de forma vertical y horizontal, analizándose, en primer término, las leyes de todos los países, para después realizar la comparación de las soluciones encontradas en los diferentes sistemas y ordenamientos, y concluir finalmente, en las posibilidades reales de unificación.
3. Elaboración de los proyectos de ley uniforme, que generalmente se encargan a una comisión o a un grupo de juristas expertos en la materia.

Tratándose de las convenciones internacionales, éstas generalmente se hacen con enfoque regional, tomando en cuenta el nivel económico de cada país, y los intereses de cada parte, influyendo también el sistema jurídico y político. El ejemplo típico en materia de derecho internacional privado es el Código Bustamante de 1928, el cual comprende normas para la designación de la ley aplicable en materia de derecho civil, mercantil, penal y procesal, entre otras cosas.⁷⁸

La principal diferencia entre una ley uniforme o modelo y una convención internacional, es la siguiente: en la primera se encarga su creación a determinadas personas, quienes después de un largo estudio la elaboran y expiden, y cada país según sus intereses la adopta o no. En la convención internacional, por el contrario, se unen todos los países interesados a efecto de discutir la redacción del proyecto; en la mayoría de los casos, la selección de materias es hecha por órganos interesados, más que por entidades integradas por jurisperitos. La diferencia es importante, porque la ley modelo nos muestra la necesidad de hacer una normatividad uniforme lo más accesible posible, a fin de que se logre su objetivo principal, que consiste en que sea aceptada por un mayor número de países.

La unificación de las prácticas de comercio internacional, se refiere principalmente a las cláusulas contractuales tipo y a las condiciones generales para celebrar los distintos actos jurídicos que tienen por objeto reducir las complicaciones que supone la aplicación de diversas leyes nacionales.⁷⁹ Generalmente se refieren al comercio de algunos productos básicos y son preparadas por las asociaciones, agrupaciones o instituciones de comercio o comerciales en diversos países. El ejemplo más representativo de este tipo de unificación, es la labor que ha realizado la Cámara de Comercio Internacional (CCI),⁸⁰ especialmente en

⁷⁸ También conocido como Código de Derecho Internacional Privado Americano. Lo ratificaron Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Lo firmaron, pero no la ratificaron Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. Véase *infra* nota al pie No. 206.

⁷⁹ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período de sesiones, anexo No. 2, Documento A/5728, *Op.cit.* nota al pie No.67, p.16.

⁸⁰ Véase *infra* p. 135.

la creación de los *INCOTERMS (International Commercial Terms)*,⁸¹ que son un conjunto de normas internacionales de estipulaciones de uso frecuente, que se basan en las prácticas comunes más extendidas del comercio internacional. "Los *Incoterms* tienen como objeto establecer un conjunto de reglas para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional"⁸² y son definiciones de términos comerciales utilizados por los contratantes en determinada negociación. Los *Incoterms* tienen como beneficio que con la simple inserción de unas cuantas letras (una clave), se aplica toda una reglamentación jurídica que pretende eliminar cualquier posibilidad de malas interpretaciones y las consiguientes disputas.⁸³

Por último, el cuarto método, el cual consideramos que actúa de manera indirecta, es la modificación interna de las leyes, que se presenta cuando un Estado copia la legislación de otro o copia algún instrumento de carácter internacional, haciéndolo parte de sus propias leyes. Es indirecta, porque no requiere entrar en contacto con ningún otro país, sino que simplemente, en ejercicio de su soberanía, lleva a cabo tal modificación.

Es importante destacar que los tipos de unificación que de manera ilustrada indicamos anteriormente, tienen como base las costumbres y usos comerciales que van surgiendo entre los comerciantes a nivel internacional – *inveterata consuetudo opinio juris seu necessitate* -.

Es relevante también el hecho de seleccionar adecuadamente un buen tema para llevar a cabo una unificación, para lo cual deben tomarse en cuenta los siguientes criterios: por un lado, saber que se logra más fácilmente la unificación de aquellos temas que se tratan de aspectos técnicos y no de las materias íntimamente relacionadas con las tradiciones nacionales y los principios fundamentales del derecho interno; y, por el otro, reconocer que la unificación únicamente es aconsejable cuando hay una necesidad económica y las medidas unificadoras han de resultar provechosas para el desarrollo del comercio internacional.

Creemos conveniente hacer una mención final relativa al establecimiento de la "Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (cuyas siglas en español son CNUDMI, y en inglés son *UNCITRAL*),⁸⁴ cuyo objetivo fundamental ha sido

⁸¹ Los expedidos en 1990 por la CCI son los que están vigentes para su empleo en todo el mundo, siendo los anteriores a éstos los publicados en los años de 1936, 1953, 1967, 1976 y 1980.

⁸² Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional, "**Incoterms 1990**", Asamblea General de las Naciones Unidas, 24o. período de sesiones, Viena, 1991, p.4. La versión en idioma español de los Incoterms 1990 es reproducción del texto publicado por el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional (Barcelona, España, agosto de 1990).

⁸³ Mencionamos a continuación los incoterms 1990:

- Grupo E (Salida): *EXW (ex works)*.
- Grupo F (Sin pago transporte principal): *FCA (free carrier)*, *FAS (free alongside ship)* y *FOB (free on board)*.
- Grupo C (Con pago transporte principal): *CFR (cost and freight)*, *CIF (cost, insurance and freight)*, *CPT (carriage paid to)* y *CIP (carriage and insurance paid to)*.
- Grupo D (Llegada): *DAF (delivered at frontier)*, *DES (delivered ex ship)*, *DEQ (delivered ex quay)*, *DDU (delivered duty unpaid)* y *DDP (delivered duty paid)*.

⁸⁴ "United Nations Commission of International Trade Law", en español se conoce mas por sus siglas en inglés: *UNCITRAL*. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período de sesiones,

lograr la unificación a la que nos hemos venido refiriendo. Su importancia radica en que es una institución creada por la ONU en donde, al estar representados prácticamente todos los países del mundo, convergen los distintos sistemas jurídicos, económicos y políticos, participando países con economía centralmente planificada y otros con el sistema de libre empresa, así como desarrollados y en vías de desarrollo. Por otro lado, realizar sus actividades de manera independiente de las tareas de la ONU facilita el cumplimiento de sus objetivos.

1.5. LEGISLACION INTERNA MEXICANA QUE REGULA EL COMERCIO INTERNACIONAL.

La historia ha demostrado que el derecho mercantil en general, sea nacional o internacional, se caracteriza y diferencia de las otras ramas del derecho, en que aquél generalmente trata de regular aquellas situaciones que de hecho se dan entre los comerciantes y comúnmente no crea instituciones jurídicas como hacen otras ramas del derecho, es decir, la verdadera función del legislador mercantil es reconocer y no crear. La anterior afirmación ha sido aceptada por la mayoría de los sistemas jurídicos alrededor del mundo y es de suma relevancia ya que la regulación mercantil mundial se sujeta al actuar de los comerciantes.

Si bien es cierto que las costumbres varían de comunidad en comunidad, también es cierto que existen determinados conceptos que son denominador común; en virtud de lo anterior, se tratará de establecer el contenido de preceptos fundamentales en el derecho mercantil mexicano, referidos principalmente a los conceptos de acto de comercio y comerciante:

Acto de comercio. Es muy difícil, como lo sostiene Carlos Dávalos Mejía, establecer una definición exacta de los actos de comercio. Para algunos autores, son actos de comercio "los que se rigen por el Código de Comercio (en adelante C. Com.) y sus leyes complementarias, aunque no sean comerciantes los que los realicen."⁸⁵

Para Roberto Mantilla Molina,⁸⁶ el acto de comercio representa la clave del sistema mercantil, pues su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho. Encontramos al respecto varios criterios en la doctrina, en el sentido de que para identificar que un acto es de comercio tenemos que confirmar si cumple con alguno de los dos criterios determinantes, que son: el criterio subjetivo, en el caso de haberse realizado el acto por un comerciante, o el criterio objetivo, atendiendo al objeto del acto, como es el caso de los títulos de crédito. De estos dos criterios podemos mencionar que para que un acto sea considerado como de comercio, y que en consecuencia le resulte aplicable toda la legislación mercantil, debe existir conexión con alguno o con ambos de los dos requisitos siguientes:

1. Que sea realizado por algún comerciante.

anexo No. 2, Documento A/5728, *Op.cit.* nota al pie No.67.

⁸⁵ Palomar de Miguel, Juan, *Op.cit.* nota al pie No. 1, p. 39.

⁸⁶ Mantilla Molina, Roberto L., "**Derecho Mercantil**", Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 59

2. Que se refiera a alguna cosa mercantil.

Así, el C. Com. contiene las siguientes disposiciones:

“Art. 1. Los actos comerciales sólo se registrarán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.”

“Art. 2. A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.”

*“Art. 75. La ley reputa actos de comercio:
Todas las ...*

...

...

Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

En este precepto se hace una enumeración enunciativa más no limitativa de los actos de comercio, ya que la última fracción deja la puerta abierta a otros actos de naturaleza análoga.

“Art. 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.” Es la excepción que confirma la regla.

Comerciante. La ley (C. Com.) es muy clara al respecto y no requiere de mayor explicación:

“Art. 3. Se reputan en derecho comerciantes:

Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;⁸⁷

Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

“Art. 4. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. ...”

⁸⁷ Véase la regulación jurídica contenida en la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el DOF el 4 de agosto de 1934.

“Art. 5. “Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.”⁸⁸

“Art. 12. No pueden ejercer el comercio:

Los corredores;

Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.”

Ahora bien, toca el turno de analizar la legislación interna en materia específica del comercio exterior, entendiéndose esta legislación como "el conjunto de disposiciones jurídicas de todo tipo que regulan en el territorio nacional los intercambios de mercancías entre México y los mercados externos".⁸⁹ A este respecto, es necesario señalar que de ninguna manera se pretende efectuar un profundo análisis de los ordenamientos jurídicos correspondientes a la materia de comercio exterior. El propósito fundamental es definir el marco regulatorio, a fin de ubicar de manera adecuada el contexto legal dentro del cual se encuentra el tema de este trabajo. Indiscutiblemente tendremos que empezar dicho análisis por el fundamento o base constitucional, para poder dar cumplimiento al artículo 133 de la misma, que establece la supremacía constitucional. En donde, a propósito, se le otorga a los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, la calidad de ley suprema de la Unión.

Dentro del marco constitucional encontramos diferentes normas que regulan, de manera directa o indirecta, al comercio exterior. En primer término nos encontramos con la facultad del Congreso de la Unión de establecer contribuciones sobre el comercio exterior (art. 73 - XXIX. 1o.). Por su parte, el Ejecutivo tiene la facultad de desarrollar y dirigir una política exterior, así como la de celebrar tratados internacionales. El desarrollo de esa política y la celebración de esos tratados, deben ser analizados y aprobados, por el Senado de la República. En la conducción de la política exterior, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacional. Por otro lado, la carta magna le otorga facultad al Presidente de la República, para habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación (arts. 76-I y 89-X, XIII). Por último debemos mencionar al artículo 131 de dicho ordenamiento, que es la piedra angular de todo el comercio internacional y a la letra dice:

"Art. 131. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivo de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda

⁸⁸ Este artículo se relaciona con los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil, véase infra pp. ____

⁸⁹ Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo, *Op.cit.* nota al pie No. 8, p. 17.

establecer, ni dictar, en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.⁹⁰

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida."

Como puede verse del contenido del primer párrafo, esta materia es facultad exclusiva de la Federación y no compete a los estados, de acuerdo a lo establecido por el artículo 124 de la propia Constitución, en donde se aclara que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados. Así, vemos que las facultades del gobierno federal son pocas y definidas, mientras que las de los estados son numerosas e indefinidas. Las primeras se aplican principalmente a criterios externos (guerra, paz, negociaciones y comercio exterior).

En cuanto al segundo párrafo del artículo 131, podemos comentar que el Congreso delega atribuciones legislativas en el Ejecutivo, poniendo en sus manos, en cierta medida, el equilibrio de la balanza comercial del país, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones: que exista urgencia para regular el comercio exterior; la economía del país; la estabilidad de la producción nacional, y cualquier otro propósito en beneficio del país. De esta manera, la actividad del Ejecutivo se ajusta al marco constitucional, aún cuando la condición mencionada en último término ha sido objeto de discusión por la dificultad que entraña el establecimiento de un criterio claro y definido para determinar cuándo existe beneficio para el país.⁹¹

⁹⁰ "Art 117. Los Estados no pueden, en ningún caso:

...

VI. Gravar la circulación ni el consumo de efectos nacionales o extranjeros, con impuestos o derechos cuya exención se efectúe por aduanas locales, requiera inspección o registro de bultos, o exija documentación que acompañe la mercancía;

VII. Expedir, ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuestos o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras, ya sea que estas diferencias se establezcan respecto de la producción similar de la localidad, o ya entre producciones semejantes de distinta procedencia;

..."

⁹¹ Adicionado el segundo párrafo según decreto publicado en el DOF el día 28 de marzo de 1951 y reformado el 8 de octubre de 1974 para adecuar el texto del artículo con motivo de la transformación y constitución de los territorios federales de Baja California Sur y Quintana Roo en estados de la federación. Véase Ramírez Gutiérrez, José Othón, Comentario del artículo 131 Constitucional, **"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada"**, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985, pp. 326. Véase art. 49 constitucional.

A la regulación del comercio exterior se le ha asignado un papel destacado en la estrategia del desarrollo económico del país, y la legislación respectiva ha ido surgiendo gradualmente conforme a los requerimientos de la economía nacional o de nuestra soberanía. De este modo, la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios,⁹² estableció, como medida para regular estos fenómenos económicos, que la importación de aquellas mercancías que pudieran venderse en el país a base de concurrencia desleal, se consideraría como actividad tendiente a la constitución de monopolios; sin embargo, las medidas previstas en dicho ordenamiento para evitar tales prácticas indeseables no resultaron apropiadas y, después de más de medio siglo de estar en vigor, esa regulación resultaba obsoleta.

Posteriormente, la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica,⁹³ confirió al Ejecutivo Federal facultades para imponer restricciones a la importación y exportación de mercancías cuando así lo requirieran las condiciones de la economía nacional y el mejor abastecimiento de las necesidades del país; facultad que fue congruente con la adición del segundo párrafo del artículo 131 constitucional ya referida, que permite al Ejecutivo adoptar una serie de medidas a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio de México.

Conforme al Plan Nacional de Desarrollo (1989-1994) y en los términos del Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior,⁹⁴ se asignó al comercio exterior un papel prioritario en la estrategia del desarrollo económico del país. Esta línea se siguió con el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (1995-2000) y el Programa de Política Industrial y Comercio Exterior.⁹⁵ A finales de 1986, el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión la iniciativa de Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior, para regular tres aspectos fundamentales:

- a) Facultar al Ejecutivo Federal para aumentar, disminuir o suprimir los aranceles de importación o exportación, expedidos por el propio Congreso o para crear otros;
- b) Establecer los casos en que podría restringirse la importación y exportación de mercancías, y;
- c) Enfrentar las prácticas desleales de comercio internacional.

La Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior,⁹⁶ fue expedida cuando México recién había ingresado al *GATT*, en una época en la que la apertura comercial del país aún no alcanzaba su grado de maduración actual. Ello explica que su contenido destacara de

⁹² Publicada en el DOF el 31 de agosto de 1934 y abrogada al expedirse la Ley Federal de Competencia Económica el 23 de diciembre de 1992.

⁹³ En vigor desde el 30 de diciembre de 1950 e igualmente abrogada el 24 de diciembre de 1992.

⁹⁴ Publicados respectivamente en el DOF, el día 31 de mayo de 1989 y el día 31 de julio de 1984.

⁹⁵ Publicados respectivamente en el DOF, el día 31 de mayo de 1995 y el día 31 de mayo de 1996.

⁹⁶ Publicada en el DOF el 13 de enero de 1986, y su reglamento, referido expresamente a prácticas desleales de comercio internacional, se publicó en el DOF el 27 de noviembre de 1986, reformado por el decreto presidencial del 19 de mayo de 1988.

manera importante la regulación de prácticas desleales de comercio exterior. Sin embargo, a fin de consolidar el marco normativo, encausar el papel del comercio exterior, promover la competitividad del país a través de la política comercial y brindar confianza y seguridad jurídica a los agentes económicos relacionados con el intercambio internacional, el Congreso de la Unión aprobó una nueva Ley de Comercio Exterior,⁹⁷ incorporando los principales instrumentos que precisan la nueva realidad comercial del país y las perspectivas de la economía nacional. Unos meses mas tarde, se aprobó y publicó el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.⁹⁸

La ley de Comercio Exterior consta de nueve títulos, en donde se incorporan normas, principios e instituciones⁹⁹ que buscan responder no sólo a las situaciones de urgencia a que se refiere el segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Política, sino también a situaciones normales del comercio exterior mexicano, como una manera de reconocer el modelo de desarrollo del país, su nuevo papel internacional y la actividad económica cotidiana. De esta manera, se regulan: las facultades del Ejecutivo Federal, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y de las Comisiones Auxiliares; el origen de las mercancías; los aranceles y medidas de regulación y restricción no arancelarias del comercio exterior; las prácticas desleales del comercio internacional; las medidas de salvaguarda; los procedimientos en materia de prácticas desleales, de comercio exterior y medidas de salvaguarda; la promoción de exportaciones, y; las infracciones, sanciones y recursos.

Debe destacarse el contenido de la nueva Ley Federal de Competencia Económica,¹⁰⁰ cuyos objetivos centrales radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas, protegiendo el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas, para lograr como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. Este ordenamiento pretende aprovechar los efectos de la apertura comercial y evitar, al mismo tiempo, que las prácticas anticompetitivas originadas en el extranjero tengan un efecto adverso sobre el mercado nacional.

⁹⁷ Publicada en el DOF el 27 de julio de 1993, cuyo artículo segundo transitorio abrogó la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior.

⁹⁸ Publicado en el DOF el 30 de diciembre de 1993, cuyo artículo segundo transitorio abrogó el Reglamento Sobre Permisos de Importación y Exportación de Mercancías Sujetas a Restricciones, el Decreto que establece la Organización y Funciones de la Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior, el Decreto por el que se establece el Premio Nacional de Exportación, el Decreto que crea la Comisión Mixta para la Promoción de las Exportaciones y Establece su Organización y Funciones y las demás disposiciones expedidas con anterioridad en lo que no se opongan.

⁹⁹ La ley establece la creación de la Comisión de Comercio Exterior, que es un órgano de consulta obligatoria de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en relación con las materias a que se refieren las fracciones I a V del artículo 4o. de esa ley. Esta Comisión está encargada de emitir opinión en los asuntos de comercio exterior y revisar periódicamente las medidas de regulación y restricción al comercio exterior. Igualmente prevé la creación de una Comisión Mixta para la Promoción de las Exportaciones que auxilia al Ejecutivo Federal en relación con la facultad a que se refiere la fracción VI del artículo 4o. de la ley. Esta Comisión está encargada de analizar, evaluar, proponer y concertar acciones entre los sectores públicos y privado en materia de exportaciones de bienes y servicios. El Ejecutivo Federal determina las dependencias, entidades y organismos que integran cada comisión y reglamenta su funcionamiento.

¹⁰⁰ Publicada en el DOF el día 23 de diciembre de 1992. Su Reglamento se publicó en el DOF el día __ de de 199__.

A continuación, únicamente señalaremos algunos ordenamientos jurídicos o documentos de planificación nacional, además de los ya señalados, que regulan el comercio exterior, para el efecto de hacer mención de su existencia:

- a) Ley Aduanera, tiene a su cargo los procedimientos que deben observar las empresas o personas físicas que efectúen operaciones de comercio exterior.¹⁰¹
- b) Ley del Impuesto General de Importaciones y Ley del Impuesto General de Exportaciones (ambas conocidas como Ley de Tarifas). Estos ordenamientos tienen por objeto clasificar las mercancías y determinar el respectivo impuesto al comercio exterior.¹⁰²
- c) Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento. Regula la inversión extranjera en nuestro país, y su contenido tiene relevante importancia pues de su operatividad depende una mayor intensidad en el flujo comercial de México.¹⁰³
- d) En materia fiscal tenemos la Ley del Impuesto al Valor Agregado (IVA), y la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IESPYS).¹⁰⁴
- e) Ley Orgánica del Banco de México.¹⁰⁵
- f) Programa de Importación Temporal para Producir Artículos de Exportación (PITEX).¹⁰⁶
- g) Programa para el Fomento y Operación de las Empresas Altamente Exportadoras (ALTEX).¹⁰⁷

Igualmente hay que tomar en cuenta el Plan Nacional de Desarrollo (su fundamento es el artículo 26 Constitucional) y la Ley de Planeación que fue expedida a ese respecto, así como el Programa Nacional de Fomento Industrial y del Comercio Exterior y el Programa de Política de Comercio Exterior y Promoción a las Exportaciones.¹⁰⁸

1.6. DIVERSAS SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.

¹⁰¹ Publicada en el DOF el día 30 de diciembre de 1981. En el DOF del 26 de julio de 1993, se publicó el Decreto por el cual se reforma, adiciona y deroga la Ley Aduanera y otras disposiciones relacionadas.

¹⁰² Publicadas en el DOF los días 8 y 12 de febrero de 1988.

¹⁰³ Véase *supra* nota al pie No. 60.

¹⁰⁴ Publicadas en el DOF los días 29 de diciembre de 1978 y 30 de diciembre de 1980, respectivamente.

¹⁰⁵ Publicada en el DOF el día 31 de diciembre de 1984.

¹⁰⁶ El Decreto que establece dicho programa de publicó en el DOF el día 9 de mayo de 1985.

¹⁰⁷ El Decreto que establece dicho programa de publicó en el DOF el día 3 de mayo de 1990.

¹⁰⁸ Ambos programas tienen una vigencia de cuatro años (1990 - 1994 y 1995 - 2000, respectivamente). Representan para el Gobierno Federal un instrumento básico que lo impulsa a intervenir y regular las actividades del comercio internacional. Véase *supra* notas al pie Nos. 38 y 71.

Lo deseable en una relación comercial entre dos o mas personas, ya sean personas físicas o morales, es que contraten siguiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin afectar aquellas reglas cuyo acuerdo en contrario no sea permitido. Posteriormente a la contratación, se debe actuar conforme a lo establecido por dicho acuerdo de voluntades, para alcanzar, como consecuencia, una relación positiva y un desarrollo del comercio. Sin embargo, lo anterior no siempre es posible, surgiendo entonces un conflicto entre los contratantes, el cual puede ser causado por un incumplimiento voluntario o involuntario de las partes.

Desde el punto de vista doctrinal, la opinión de Alcalá Zamora es de gran importancia, ya que separa las diversas formas de solucionar controversias en dos corrientes:

1. Los medios metéos autocompositivos: de acuerdo con los cuales no se pronuncia un laudo. Las partes dirimen la controversia por ellas mismas o por un tercero denominado conciliador o mediador quien no tiene facultades decisorias.
2. Los medios metéos heterocompositivos: de acuerdo con los cuales la persona que resuelve, llámese juez o árbitro tiene plenas facultades decisorias.

Desde el punto de vista internacional, se establecen determinados mecanismos para solucionar controversias, dentro de los cuales encontramos el Arbitraje Privado Comercial Internacional, el cual, en ciertos casos, consideramos es el más importante y eficaz de todos los que se podrían mencionar en el México actual; sin embargo, por ser éste el tema principal de este trabajo, lo analizaremos de manera más profunda en los capítulos posteriores. Ahora, mencionaremos de manera general otros dos medios cuyo análisis merece una investigación aparte, ya que constituyen, en ciertos casos, excelentes opciones.

1. Métodos Alternativos de Solución.

Bien conocidos en el sistema del *Common Law* como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), donde han tenido una excelente aceptación y todo parece indicar que su uso se propagará cada vez mas en todos los sistemas jurídicos, incluyendo obviamente al Mexicano. De manera particular, en los Estados Unidos de Norteamérica, bajo los auspicios de la AAA¹⁰⁹ y de otras instituciones, los ADR tienen gran utilidad poniendo solución a un gran número de controversias, tanto nacionales como internacionales en donde una de las partes involucradas es norteamericana. Compartiendo la idea del *Lord Goff*,¹¹⁰ un hecho que pudo haber influido en el gran éxito de los ADR en el país vecino es que los demás son extremadamente gravosos, razón por la cual se han desarrollado nuevas opciones que mantienen a las partes alejadas de las cortes y de los centros arbitrales. Recientemente han tenido buena aceptación en Inglaterra.¹¹¹

¹⁰⁹ Véase *infra* pp. ____

¹¹⁰ En una conferencia en 1990 en Hong Kong.

¹¹¹ En una declaración emitida por la Corte Comercial en Londres en 1993, el *Justice Cresswell* confirmó que la Corte deseaba alentar a las partes a considerar el uso de ADR, tales como mediación o conciliación. Mientras él enfatizaba que el juez no actuaría como mediador o conciliador, simplemente invitaría a las partes, en ciertos casos, a considerar las métodos ADR, para cual se cuentan con listas de nombres de personas con basta experiencia. Posteriormente, en enero de 1995, se estableció una Directriz Práctica en la Suprema Corte

Los ADR se basan en la solución de controversias de acuerdo con procedimientos destinados a evitar gastos excesivos y tardanzas que encontramos en otros métodos, incluyendo en el arbitraje comercial internacional. Las características en común de los ADR son principalmente las siguientes:

- El necesario consentimiento de las partes para su adopción;
- La participación de una tercera parte conciliadora o con facultad de dar su opinión;
- Privacidad;
- Informalidad, rapidez, y una resolución menos onerosa del conflicto.
- La naturaleza no-obligatoria del resultado, consejo o decisión. En consecuencia, una corte no está obligada a suspender un procedimiento ante ella, cuando se entera que existe un acuerdo de ADR, como sí sucede con el acuerdo arbitral.
- Solución amistosa, lo que es muy importante para tener una buena reputación en el comercio.

Podría pensarse que los procesos ADR son absurdos e inservibles, pues las decisiones son simples opiniones que no llevan consigo obligatoriedad para las partes; sin embargo, el éxito de su utilización se debe en gran parte a una cuestión práctica, ya que en muchas ocasiones las partes seguirán con relaciones comerciales entre ellas y deciden aplicar el dicho: “mas vale un mal acuerdo que un buen pleito”, marcando el hecho de que en muchas ocasiones no estamos en presencia de “un mal acuerdo”, sino de un buen acuerdo que supera la aplicación del dicho.

Todos los ADR requieren de un importante grado de flexibilidad y cooperación de las partes en la disputa, tanto en la definición de la disputa, como en la búsqueda de la solución a los puntos controvertidos.

Dentro de los ADR, podemos mencionar:

Negociación. Es el medio más recomendable, más económico y con mayores beneficios para las partes. Es el hecho de que ambas partes, directamente o mediante la intervención de sus abogados, analicen la situación y con el medidor universal de la justicia, lleguen a un acuerdo que sea fácil de realizar. Sin embargo, este medio, aunque es el más recomendable, en ocasiones es imposible de llevar a cabo y entonces surge la necesidad de utilizar otro u otros en los que ya intervienen personas distintas a las que participaron en la celebración del contrato.

Inglés emitida por *Lord Chief Justice* y el *Vice Chancellor*, en la cual se requiere a los abogados (*solicitors*) en acciones ante la Corte Suprema firmar y llenar un cuestionario que incluye las siguientes preguntas: (i) ¿Ha discutido con su cliente la posibilidad de resolver esta controversia mediante ADR?; (ii) ¿Alguna forma de ADR sería benéfica y con grandes perspectivas de resolver el asunto?, y; (iii) ¿Ha discutido usted o su cliente con la otra parte la posibilidad de resolver esta controversia mediante ADR?. Aunque la Directriz es cuidadosa con la naturaleza voluntaria de los métodos ADR, el cuestionario reconoce que es obligación del abogado la promoción e información al cliente de los mismos. Véase *Connerty, Anthony, “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, “Arbitration International, Vol 12, No.1, pp. 47-55, LCIA, 1996.*

Conciliación o Mediación. En nuestra opinión son términos sinónimos, aún cuando hay quienes asimilan la conciliación con la negociación y distinguen la mediación por la participación de un tercero.

La conciliación o mediación es un método no judicial en donde participa un tercero –conciliador o mediador- imparcial en la solución de una controversia, esclareciendo diversos puntos controvertidos y proponiendo fin a la misma mediante una opinión que carece en todo sentido de obligatoriedad para las partes. El conciliador o mediador además participa como vía de comunicación entre las partes, evitando contacto directo entre ellas. La facultad del tercero imparcial debe nacer del acuerdo de voluntades entre las partes, el cual puede darse desde el momento de la contratación o con posterioridad a ella, aunque por lógica se podría decir que el acuerdo en un contrato a este respecto antes de que surja la controversia no sería práctico ya que la voluntad de utilizar este mecanismo debe subsistir desde el surgimiento de la controversia hasta el cumplimiento de la decisión que pone fin a la misma, pues cualquier parte puede, en cualquier momento, rechazarlo de manera unilateral. El conciliador o mediador que interviene generalmente es un técnico en la materia, pudiendo ser una sola persona o un grupo colegiado formado por varias personas.

La conciliación o mediación es un método muy apropiado para disputas surgidas en grandes proyectos en donde varias partes y varios contratos están involucrados, ya que un litigio podría ser desastroso y provocar el retraso o la suspensión total del proyecto. Lo que se requiere en estos casos es rapidez. Es necesario señalar que varias instituciones han redactado reglas que regulan diversos procedimientos de conciliación como es el caso de la *UNCITRAL*, el *ICSIC* y la *CCI*.¹¹²

La diferencia entre este mecanismo y el anterior, es que en ocasiones las partes son buenos comerciantes y tienen la mejor intención de poner fin al problema, pero no están bien informados de ciertos temas que pudieron haber influido en la controversia, por lo que necesitan de la intervención de un tercero imparcial e independiente que tenga mayor conocimiento para poder explicar, de manera detallada, la situación; y lo mas importante es que vea la controversia desde un ángulo totalmente objetivo y ajeno a ella, sin tener interés alguno en que la situación se resuelva en determinado sentido.

Este método, también es altamente recomendable, pero como el tercero únicamente dará una opinión diciendo quién es el que, a su juicio, incumplió, en ocasiones es difícil que la parte perdedora acepte esa opinión y enfrente las consecuencias.

En la actualidad podemos encontrar legislaciones latinoamericanas muy avanzadas a este respecto como es el caso de la Ley de Mediación y Conciliación que en 1996 se publicó en la República de Argentina¹¹³ y la Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social que en 1998 se publicó en la República de Costa Rica.¹¹⁴

La ley argentina le da a la mediación un carácter obligatorio previo a todo juicio. El procedimiento de mediación promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia y establece algunas materias en las cuales la

¹¹² Véase *infra* pp. ____

¹¹³ Ley No. 24,573, de fecha 4 de octubre de 1995, publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1995.

¹¹⁴ Ley No. 7727, publicada en La Gaceta, Diario Oficial el 14 de enero de 1998.

mediación no se aplica, como es el caso de las causas penales y en general aquellas materias que no son arbitrables. La ley establece un procedimiento de mediación que debe ser ventilado ante un mediador elegido por sorteo; para tal efecto se creó un Registro de Mediadores que es responsabilidad del Ministerio de Justicia Argentino. Los mediadores, quienes reciben una cantidad fija, deben tener el título de abogado y adquirir cierta capacitación. En caso de no tener éxito la mediación las partes pueden acudir al juicio ante la autoridad competente.

Por su parte, la ley de Costa Rica regula tanto a la mediación como al arbitraje en el mismo cuerpo legislativo. El Capítulo II “De la Conciliación o Mediación” hace la diferencia entre la conciliación y mediación judicial de la extrajudicial, otorgando plena libertad a las partes para elegir a la persona que actuará como conciliador o mediador. Igual que en la legislación inglesa, la costarricense establece el deber de los abogados, que asesoren a las partes en un conflicto, de informar a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a mecanismos alternos para solucionar disputas, tales como la mediación, conciliación o arbitraje.

En México la mediación o conciliación no tiene una regulación suficiente¹¹⁵ y creemos que será necesario que se elabore una ley de mediación que represente el respaldo jurídico a una institución que, sin lugar a duda, será de gran utilidad en el futuro. Las leyes de los países antes mencionados pueden ser un ejemplo de gran valor en la labor de los legisladores mexicanos.

Mini-Juicios. Mejor conocidos en el sistema del *common law* como “*Mini-Trials*”. Es un mecanismo altamente utilizado por empresas en los Estados Unidos de América. Aunque existen muchas maneras de llevar a cabo este mecanismo, el denominador común es el siguiente: se celebra una audiencia ante un panel formado por una tercera parte neutral y un representante de alto nivel de cada una de las empresas, quienes no deberán estar involucradas en la disputa y quienes se regirán por las reglas procesales que las mismas partes acuerden. Cada parte presenta oralmente sus argumentos y como regla general se evita el *Discovery*,¹¹⁶ es decir, se limita arduamente el número de documentos que se pueden presentar, así como los tiempos del procedimiento. El tercero neutral generalmente da una opinión legal en sentido de informar a las partes como sería una sentencia si fuesen a litigio para que el panel pueda encontrar una solución justa.

¹¹⁵ No debe confundirse la fracción XIII del C. Com que dice: “*las operaciones de mediación en negocios mercantiles*”, ya que este precepto se refiere a los mediadores como intermediarios entre dos comerciantes y no como personas que buscan la solución a un conflicto comercial. Es importante la mención de la Ley para el Dialogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas (DOF __ de ____ de 19__) que, aunque no se refiere a aspectos comerciales, reconoce la mediación como un medio pacífico de solución de controversias.

¹¹⁶ Es un mecanismo anterior al juicio, utilizado en el sistema del *common law*, que puede ser usado por una parte para obtener información de la otra parte sobre el caso, con la finalidad de asistir la preparación de la parte al juicio. De acuerdo con las Reglas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos de América, los instrumentos utilizados en este mecanismo pueden ser: declaraciones en preguntas orales o escritas, interrogatorios escritos, producción de documentos y cosas, permiso de entrar a propiedades, exámenes físicos y mentales y solicitud de admisión. El término *discovery* generalmente se refiere a la revelación de hechos del demandado, escrituras públicas, documentos u otras cosas que se encuentran bajo su exclusivo conocimiento o posesión y cuya revelación es necesaria como parte de la causa de la acción pendiente, o para ser llevada a otra corte, o como evidencia de su derecho o título in dicho proceso. Traducción de la definición contenida en el caso: *Hardenbergh v. Both*, 247 Iowa 153, 73 N.W.2d 103, 106.

Los siguientes ADR son poco conocidos y poco utilizados inclusive en países avanzados en esta materia; sin embargo, creemos conveniente una breve explicación pues quizás en el futuro tengan mayor aceptación:

Concilio-Arbitrajes. Consiste en dos procedimientos sin existir una separación entre ambos; es decir, una conciliación seguida de un proceso arbitral. Mediante este mecanismo, las partes canalizan la disputa a una persona independiente, generalmente un abogado calificado, quien tratará de buscar la conciliación de las partes en determinado tiempo. En caso de no lograr lo anterior, dentro de cierto período de tiempo, el tercero involucrado dictará una decisión. Hasta aquí no existiría diferencia esencial con la conciliación; pero si las partes no lo acatan voluntariamente, la parte perdedora podrá solicitar que la solución sea analizada con el proceso arbitral. Lo característico de este ADR es que las partes acuerdan que, si la parte perdedora no logra una mejor decisión sujetando la controversia a arbitraje, por un porcentaje determinado, generalmente un 25%, los costos de la conciliación y cualquier procedimiento posterior serán pagados por esa parte.

En pocas palabras, el conciliador se convierte en árbitro o miembro del tribunal arbitral, una vez que la parte perdedora no ha acatado su decisión voluntariamente. La segunda parte del procedimiento representa un mayor grado de dificultad para quien pierde en la fase conciliatoria, pues deberá tratar de modificar la opinión del conciliador actuando éste como árbitro independiente o como miembro del tribunal arbitral. La única manera de lograr esto, es mediante la aportación de nuevas pruebas o un análisis mas profundo de las ya presentadas o mediante una argumentación distinta a la realizada en la conciliación.

Este ADR podría confundirse con una simple conciliación seguida de un procedimiento arbitral; sin embargo, debemos tomar en cuenta que, en este caso, estamos en presencia de la misma persona que actúa como ambos, conciliador y árbitro, y, en caso de dos procedimientos separados, generalmente existe la prohibición en las reglas arbitrales aplicables de no poder actuar un conciliador como futuro árbitro en la misma controversia. Asimismo, podría pensarse que, en caso de que las partes acaten la decisión del tercero emanada de la primera etapa, estaríamos en presencia de un laudo arbitral de común acuerdo¹¹⁷ que pone fin a la controversia, pero, en este caso, se debe considerar que la función del árbitro es precisamente fungir como tal y no como conciliador, que es lo que sucede en este ADR, pues aunque parecidas, no son las mismas funciones.

La idea de este ADR, a nuestro juicio, fue tratar de dar mayor seguridad jurídica y en cierta forma obligatoriedad a la decisión de un simple conciliador, aunque este procedimiento no ha tenido mucho éxito, bien por falta de publicidad y por la idea tradicional de no presentar una disputa a una misma persona para que actúe como conciliador y posteriormente como árbitro, pues se cree que no podría alcanzarse una decisión justa.

Renta de un Juez. Conocido en el sistema del *common law* como “*Rent-a-Judge*”. En este caso, las partes solicitan a un juez retirado que se encargue de la decisión. El tercero involucrado ya no se encuentra investido de la autoridad que contaba cuando era un

¹¹⁷ Véase *infra* pp. __

representante del poder judicial y por lo tanto su decisión carece de obligatoriedad, pero su experiencia hace que sea un juicio en esencia pero totalmente informal.¹¹⁸

ADR-Asistencia de la Corte. Conocido en el sistema del *common law* como “*Court-Assisted ADR*”. Este mecanismo ha operado satisfactoriamente en los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y China. Consiste en que un abogado con amplia experiencia en el tema sea designado por una corte para que, en una etapa inicial de un procedimiento judicial, analice el caso y exprese a las partes su opinión sobre el sentido de la posible resolución. Si las partes deciden acatar la decisión habrán ahorrado dinero y tiempo y tendrán la idea de que resolvieron al asunto de una manera amigable y no con un pleito en una corte judicial, sentimiento que definitivamente no tendrán al finalizar el litigio. Creemos que este mecanismo es una manera lógica y práctica de apoyar a las cortes judiciales.

Como una conclusión a lo expresado respecto a los ADR, podemos decir que se espera que su uso se propague por diversos países y creemos que México tomará gran participación en esto; sin embargo, se debe realizar un análisis profundo de la situación concreta para reconocer si es ventajosa o no la utilización de estos medios, pues como ya hemos indicado, el resultado de estos mecanismos es una simple proposición sin ninguna obligatoriedad. Un buen comienzo podría ser la utilización de dos mecanismos en una misma controversia, como sería el caso de acordar en una primera etapa la conciliación y en la segunda el arbitraje.¹¹⁹

2. Litigio comercial internacional.

La segunda opción es la intervención de un tribunal judicial, actuando como representante del Estado soberano. El estudio de este método para solucionar controversias amerita comentarios específicos conforme a los cuales se delimitarán algunas cuestiones que se deben considerar en litigios comerciales internacionales.

¹¹⁸ De conformidad con *Alan Redfern y Martin Hunter*, en California, Nueva York y otros estados de los Estados Unidos de América este ADR se encuentra regulado por la legislación, de acuerdo con la cual las partes solicitan a una corte que designe al juez retirado, quien emite una sentencia que puede ser cumplida por las propias cortes. Véase *Redfern, Alan and Hunter Martin, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, Sweet and Maxwell, Second Edition*, pp. 32.

¹¹⁹ Véase redacción de cláusula arbitral, *infra* p. __. En el sistema *common law*, este tipo de acuerdos han establecido precedentes para que las cortes otorguen soporte a las partes, mediante la ejecución del acuerdo. Así, en el caso *Channel Tunnel Group Limited v. Balfour Beatty Construction Limited and others (1993) 2 WLR 262, HL*, en donde la demandante fue *Channel Tunnel Group Limited*, quienes habían empleado a la demandada, que era un consorcio de empresas inglesas y francesas para construir el famoso “eurotúnel”. En el contrato se establecía un procedimiento de dos etapas, primero la mediación ante un panel de expertos y después el arbitraje ante la CCI. La demandada amenazó con parar la obra y la demandante solicitó una orden a la corte inglesa (*injunction*) para evitar que cumplieran su amenaza. El asunto finalmente se llevó ante la Corte Suprema quien sostuvo que las cortes inglesas tienen poder para otorgar dicha orden, dando soporte a un mecanismo pre-arbitral en un contrato comercial internacional. Otros dos casos famosos en donde se puede ver la utilidad de estos mecanismos con dos etapas son: (i) *The Boston Central Artery/Tunnel Project*, Véase “*Alternative Dispute Resolution at Boston’s Central Artery/Tunnel Project*”, *Anthony Battelle, Chief Legal Counsel, Massachusetts Highways Department* y (ii) *The Hong Kong Airport Core Programme*, Véase *Colin, Wall, “Hong Kong’s Airport Core Programme Dispute Resolution Procedure (1992) 58 JCI Arb 237*.

En primer lugar, se deben distinguir las normas de derecho procesal de aquellas que regulan el fondo del asunto, ya que en ocasiones no es tan definida la línea que las separa como sería de esperarse. Las partes tienen el derecho de someter la solución de su controversia a la aplicación de un derecho extranjero y adoptar, en ese sentido, los acuerdos necesarios. En caso de que las partes no hubieren definido la ley aplicable, la corte deberá determinarla de conformidad con las normas conflictuales y las características de cada caso concreto, problema que en ocasiones es difícil de solucionar pues intervienen varios factores para decidir sobre el derecho aplicable.

Todas las reglas relativas al procedimiento deben ser gobernadas por el derecho del lugar (*lex forum*); es decir, el procedimiento se realiza de conformidad con las reglas previamente establecidas por la corte, siendo las mismas reglas para todos los casos, sin que las partes tengan la facultad de modificarlas a su conveniencia, lo que es posible en los otras opciones.

En caso de que no se tenga la plena seguridad de estar frente a una regla adjetiva o substantiva, el derecho inglés, el cual tiene un nivel muy alto en materia de litigio comercial internacional, establece un parámetro de gran ayuda. Este parámetro dado por *Lush LJ* se refiere a que la regla procesal es aquella mediante la cual el derecho se hace cumplir a diferencia de la regla aplicable al fondo del asunto que sirve para definir el derecho que se hará cumplir.¹²⁰

Otro aspecto importante a considerar, es la determinación de la competencia o jurisdicción de las cortes. Las partes tienen libertad para otorgar dicha facultad a una corte extranjera sin importar la ubicación de aquellas y, las cortes tienen facultad para decidir discrecionalmente, sobre su capacidad para oír y resolver el caso. En ocasiones y bajo ciertos sistemas jurídicos como el inglés, la facultad llega hasta ir en contra de lo previamente acordado por las partes.¹²¹

Existen acuerdos internacionales que regulan tanto la jurisdicción y competencia de las cortes como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, dentro de los cuales vale la pena mencionar los siguientes que, aunque México no es parte de ellos por tener un enfoque regional europeo, han logrado una excelente organización a este respecto evitando problemas en la libre circulación de decisiones de las cortes: La Convención de Bruselas¹²² y la Convención de Lugano;¹²³

¹²⁰ *Poyser v. Minors* (1881) 7 QBD 329 a 333; adoptado en *Re Shoesmith* (1938) 2 KB 637, (1938) 3 All ER 186.

¹²¹ Véase doctrina de “*Forum non conveniens*” desarrollada en Inglaterra cuyo máximo soporte se dio por Lord Goff en el famoso caso de la *Spiliada*, en donde se estableció que si una corte concluye que existe otro *forum* disponible el cual *prima facie* es claramente mas apropiado y justo para oír y resolver al caso, la corte ante la cual se solicitó llevar el asunto deberá desistirse. *Spiliada Maritime Corpn v. Cansulex Ltd. The Spiliada* (1987).

¹²² Convención de la Comunidad Europea sobre la Jurisdicción y el Reconocimiento de Sentencias en Materia Civil y Comercial, celebrada en 1968 y cuya entrada en vigor fue en 1973, con un protocolo de interpretación de 1971, que entró en vigor en 1975 y con enmiendas mediante las Convenciones de Adhesión de 1978, 1982 y 1989. El propósito de la Convención es proveer la libre circulación de sentencias a través de la Comunidad Europea. Véase Hartley, “*Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgment* (1984).

¹²³ Es una convención paralela a la Convención de Bruselas, celebrada en 1988 en vigor desde 1991, que regula la misma materia pero con respecto a los países pertenecientes al bloque EFTA y la Comunidad Europea.

Por otro lado, existen los problemas relacionados con la aplicación y prueba del derecho extranjero, al cual se le trata como cuestiones de “*facto*” (hecho) y por lo tanto se requiere de prueba para que sea considerado como derecho.

Finalmente, otros aspectos importantes relacionados con este mecanismo de solución de controversias, son: (i) cuestiones incidentales; (ii) cuestiones del domicilio de las personas, tanto físicas como morales; (iii) la suspensión de procedimientos ante una corte, ya sea porque existe un acuerdo arbitral o por otra razón;¹²⁴ (iv) derecho sustantivo aplicable, en caso de que las partes no lo hubieren acordado; (v) el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Este aspecto se encuentra regulado por las convenciones antes mencionadas.

Al hablar de litigio comercial internacional, resulta indispensable reconocer la experiencia y capacidad de los jueces, así como la funcionabilidad de los sistemas judiciales de cada país, pues en algunos países los jueces están altamente capacitados y garantizan una solución justa. Por el contrario, en otros países, los representantes del sistema judicial no tienen lo mismo que ofrecer. Desgraciadamente, en todos los casos aparece el riesgo de la influencia de factores políticos, económicos y sociales de los países de origen de las partes; igualmente, las personas responsables de solucionar la controversia, pueden utilizar un criterio nacionalista (*vis a vis* internacionalista) contrario a la imparcialidad que debe ser característica en la solución de cualquier conflicto.¹²⁵

Nuestro punto de vista, es que este mecanismo trae aparejado más problemas de equidad y justicia para la solución del conflicto que los demás, porque es tan grande y variada la legislación de los distintos países, y en ocasiones tan lento, costoso e ineficaz el procedimiento, que provoca que la solución no esté de acuerdo con la real voluntad de las partes. Por otro lado, los gastos se pueden elevar mucho (por los abogados), y la sentencia puede afectar la vida pública de los participantes. Es un método susceptible de mucha corrupción, principalmente en algunos países en vías de desarrollo. Todo lo anterior, se traduce en que se da la resolución al problema, la cual es obligatoria pero no garantiza una completa satisfacción para las partes.

Como conclusión, podemos afirmar que todas las opciones que ofrecen la solución de conflictos pueden ser benéficas, pero su elección varía según la naturaleza del conflicto

¹²⁴ En el sistema del *common law* esta suspensión es conocida como “*stay a proceeding*”. De conformidad con el derecho Inglés, aunque una corte inglesa tenga poder para resolver el caso, puede sin embargo, rehusarse a tomar jurisdicción y suspender el procedimiento (*stay the proceeding*). Lo anterior, debe realizarse al comienzo del procedimiento; cualquier retraso podrá ser razón para no ejercitar la discreción para suspender el procedimiento. Véase el caso: *Coupland v. Arabian Gulf Oil Co. (1983) 2 All ER 434, (1983) 1 WLR 1136*. Aunque la corte inglesa está técnicamente regulando solamente su propia jurisdicción, el efecto del “*stay*” es forzar al actor ir a otro país para demandar o, en algunos casos, para acudir al arbitraje. El poder de la corte para realizar un “*stay*” es inherente a su propia jurisdicción y se puede ejercer en tres situaciones: (i) cuando se aplica la doctrina de *forum non conveniens* (véase *supra* nota al pie No. 120) (ii) cuando existe una cláusula de elección de jurisdicción diferente a esa corte, y; (iii) cuando existe un acuerdo arbitral. Para mayor información véase *North, PM and Fawcett, JJ, “Cheshire and North’s Private International Law”, Butterworths, twelfth edition, London, 1992, pp.220*.

¹²⁵ Para mayor abundamiento a este respecto, véase Pereznieto Castro, Leonardo, “**Derecho Internacional Privado**”, Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1985.

que se pretenda resolver, por lo que se deberán tomar en cuenta distintos criterios como son: el número de partes involucradas (pues cuando son muchos, es difícil llegar a un acuerdo entre las partes); la naturaleza de las partes (pues tratándose de negociaciones con poca inversión, no vale la pena gastar tanto en mecanismos muy costosos), y; la materia de la disputa (pues la especialización del objeto de la controversia puede ser tal, que no requiera de un mecanismo muy complicado).

1.7. HACIA DONDE SE DIRIGE EL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA INTERVENCION DE MEXICO EN EL MISMO.

La liberación económica que se inició en 1983,¹²⁶ ha cambiado la relación económica del país con el exterior de una manera definitiva. México ha demostrado interés en la intervención del comercio internacional y ha avanzado mucho camino en esta etapa de transición; sin embargo, hay que reconocer que falta mucho por hacer, ya que para tener una buena participación, es necesario colocarse al mismo nivel de las otras naciones que accionan en dicho mercado. Para lograr esto, indiscutiblemente se necesita no sólo del gobierno, sino de sus gobernados como elementos *sine qua non*, ya que desde comerciantes, agricultores y básicamente los profesionistas necesitamos una preparación tal que podamos evitar, y en su caso, enfrentar los problemas que surjan como resultado de estas relaciones.

A su vez, el gobierno debe también apoyar a sus gobernados ya que la estabilidad económica y la capacidad de crecimiento de las naciones dependen de la flexibilidad para adaptarse a las continuas transformaciones económicas y comerciales; y esto solo se logra con la colaboración del sector público y privado.

Dentro de esta etapa de transición a nivel mundial, deben aprovecharse todas las oportunidades que se generen, las cuales pueden verse limitadas por la agudización de las presiones proteccionistas por parte de cada Estado y la ineffectividad de las reglas de comercio internacional para asegurar el acceso a los mercados externos; ya que cualquier empresario que quiera invertir en este mercado requiere de seguridad jurídica y obviamente de una garantía de rentabilidad en sus operaciones.

México, como ya lo mencionamos, lleva buen ritmo en su participación, pues en principio se han venido concretando acuerdos que regulan las relaciones comerciales con otros países. La política actual va encaminada a la ampliación y mejoramiento con varios bloques comerciales que representan casi la totalidad del globo terráqueo, como son: la Unión Europea, los países de América del Norte, aquellos que integran la Cuenca del Pacífico y las naciones que integran América Latina. Igualmente observamos la participación de México en diversos organismos internacionales como son la ONU,¹²⁷ la

¹²⁶ A partir de esa fecha, México inició un profundo proceso de cambio estructural, caracterizado por el saneamiento de las finanzas públicas, la reestructuración del sector paraestatal y la racionalización de la protección comercial. Desde esa fecha se ha sustituido, de manera importante, la protección basada en permisos previos de importación por aranceles. Véase SECOFI, *Op.cit.* nota al pie No. 27. Véase *supra* p. _.

¹²⁷ México es parte de la ONU desde el 7 de noviembre de 1945, publicado en el DOF el 17 de octubre del mismo año. Véase *supra* nota al pie No. 64

ALADI,¹²⁸ la OMC (*GATT*),¹²⁹ y lo más importante es el interés que tiene nuestro país en incrementar su participación. Esto tiene como finalidad liberalizar los flujos comerciales a nivel regional y global y, con ello, abrir camino a una mayor intervención en los mercados mundiales.

Para poder cumplir con todo lo anterior y enfrentar los retos propuestos, México requerirá de estrategias de negociación comercial internacional, las cuales se harán en forma concertada con los sectores productivo y social del país.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial,¹³⁰ expone cinco principios que se deben seguir en las negociaciones que está realizando o vaya a celebrar México con el resto del mundo, los cuales consideramos importante transcribir a continuación:

1. Deberán incorporar la mayor disminución arancelaria posible para las exportaciones mexicanas, reconociendo las diferencias económicas entre México y nuestras contrapartes comerciales.
2. Deberán minimizar las barreras no arancelarias que enfrentan nuestras exportaciones, en un ámbito de clara reciprocidad.
3. Deberán asegurar un acceso estable a los mercados externos, que deriven certidumbre de largo plazo.
4. Deberán procurar un justo equilibrio en la resolución de controversias, evitando la aplicación de medidas unilaterales.
5. Deberán inducir cabalmente la complementariedad de nuestra economía con la de nuestros socios comerciales.

Por todo esto, creemos que las decisiones políticas deben estar encaminadas necesariamente a cumplir estos principios.

Para terminar con este capítulo, es importante tomar en cuenta la actuación de México en su relación con el mercado norteamericano, pues esto trae aparejadas buenas perspectivas para el comercio mexicano, ya que si consideramos el tamaño y dinamismo del mercado del país vecino y siendo que es atractivo para todos los países exportadores del mundo, puede servir como un puente o una palanca, aprovechando nuestra situación geográfica. Ello podría convertir a México en un país que sirva como entrada y salida al mercado norteamericano; es decir, el TLC podría servir como fundamento jurídico, no sólo para relacionarnos económicamente con los países firmantes, sino con otros como los pertenecientes a Europa y Asia.

¹²⁸ México es parte de la ALADI desde el 20 de febrero de 1981, publicado en el DOF el 31 de febrero del mismo año. Véase *supra* nota al pie No. 35

¹²⁹ México es parte del GATT desde el 9 de octubre de 1986, publicado en el DOF el 26 de noviembre del mismo año, con fé de erratas del 28 de noviembre de 1986. Véase *supra* nota al pie No. ____

¹³⁰ Véase SECOFI *Op.cit.* nota al pie No. 27

CAPITULO II

ARBITRAJE PRIVADO COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1. ¿QUE ES EL ARBITRAJE?

El arbitraje (del latín *arbitratus*, de *arbitror*: arbitraje) es un concepto tan añejo como el de la propia ciencia jurídica; se conoce desde los tiempos de la antigua Roma y Grecia. El arbitraje puede definirse en una forma sencilla como "un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre dos o mas partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia."¹³¹

Según César Sepúlveda "el arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelta conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final."¹³²

"El arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Ciertamente, por lo convencional, es un procedimiento privado. Estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separen."¹³³

Afortunadamente el concepto del arbitraje y la institución que representa han sido mundialmente reconocidos y sin variaciones que representen algún problema en la labor de globalización de los mismos.¹³⁴ Lo anterior se ha demostrado en el hecho de que el desarrollo y progreso que ha tenido la institución se ha experimentado en todos los rincones del mundo sin importar la diferencias económicas, sociales, políticas, jurídicas o de

¹³¹ Siqueiros, José Luis, "El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada ", Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial, Primera Edición, México, 1992, p. 7.

¹³² Sepúlveda, César, **Op.cit.** nota al pie No. 52, p. 389.

¹³³ Briseño Sierra, Humberto, "El Arbitraje Comercial. Doctrina y Legislación", Textos Universitarios Departamento de Derecho, UIA, Editorial Limusa , S.A. de C.V., México, 1988, p. 12.

¹³⁴ Para conocer una definición de este concepto en el sistema del *common law* puede consultarse la contenida en el caso: *Wauregan Mills Inc. v. Textile Workers Union of America, A.F.L.C.I.O.*, 21 Conn.Sup. 134, 146 A.2d 592, 595.

cualquier otra índole que pudieran existir entre los países que intervienen y México, como es de esperarse, no ha sido la excepción.

Indudablemente el árbitro, quien generalmente es nombrado por las partes, es un elemento esencial dentro del arbitraje. La mayoría de la doctrina y legislaciones que regulan esta materia, se refieren al órgano que resuelve la controversia como "tribunal arbitral" independientemente de que esté integrado por una o más personas.¹³⁵ Es importante considerar la posibilidad que generalmente se le otorga al órgano jurisdiccional de elegir a la o las personas que integrarán el tribunal arbitral en caso de que las partes no lo hagan. El tribunal arbitral, en esencia, viene siendo un juez privado que, siguiendo un procedimiento seleccionado por las partes, bien sea de forma directa o indirecta, resuelve la controversia con la ventaja de que generalmente el ritual es menos severo que el del procedimiento judicial.¹³⁶

Aunque el arbitraje es una vía que desde tiempos remotos se utilizó para resolver controversias de carácter doméstico y público internacional, en la actualidad ha cobrado mayor fuerza, principalmente en el orden privado internacional, considerándose un instrumento práctico y útil ya que evita los problemas que generalmente surgen cuando se sujeta una contienda a un tribunal del Estado. Una de sus claras ventajas, es la posibilidad de designar a un tercero imparcial, quien generalmente se considera altamente calificado por su preparación jurídica y porque no está involucrado ni presionado por el cúmulo de trabajo, como regularmente lo están quienes resuelven por la vía judicial.¹³⁷

Al hablar de arbitraje, por ser un concepto relativamente nuevo en nuestro vocabulario jurídico o por lo menos no tan utilizado como otros, surgen diversas cuestiones que podrían ser consideradas problemas doctrinarios. Así pues, en primer lugar podríamos tratar brevemente lo relativo a la naturaleza del arbitraje. Fernando Flores García¹³⁸ menciona la existencia de dos corrientes que arrastran a los legisladores a adoptar posturas en las distintas reglamentaciones positivas:

1. Los contractualistas o privatistas, quienes explican que la solución arbitral deriva de un acuerdo de voluntades de las partes en pugna. Entre ellos encontramos a *Chiovenda, Wach, Weil, Rosenberg y Mattiolo*.
2. Los publicistas o jurisdiccionalistas, que forman el sector teórico contrapuesto, quienes estiman al arbitraje como una función semejante o que se puede confundir con la que el juez oficial público realiza en su juzgamiento compositivo. Entre ellos encontramos a *Mortara, Alcalá-Zamora y Castillo*.

Indudablemente tenemos que reconocer la naturaleza consensual del arbitraje, por lo que compartimos la primera de las dos teorías antes mencionadas, ya que para que haya un arbitraje válido, es necesario que antes exista un acuerdo arbitral entre las partes, acuerdo

¹³⁵ Para mayor información sobre el tribunal arbitral, véase infra pp. ____

¹³⁶ Para mayor información sobre el procedimiento arbitral, véase infra pp. ____

¹³⁷ Para mayor información sobre las ventajas de acudir al arbitraje y su oposición al método tradicional, véase infra pp. ____

¹³⁸ Flores García, Fernando, "**Diccionario Jurídico Mexicano**", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p. 178.

que en la práctica moderna internacional se debe dar por escrito, pues así lo requieren los tratados sobre arbitraje y demás legislaciones occidentales contemporáneas. En otras palabras, podemos decir que la piedra fundamental en la edificación arbitral son los principios universalmente reconocido de “la autonomía de la voluntad de las partes” y de “*pacta sunt servanda*”. Es decir, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público y lo que establece la ley. Una vez celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo. Habitualmente la noción de libertad individual se expresa diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido.

Asimismo, se pueden considerar los tipos de relaciones jurídicas que existen en el arbitraje privado comercial internacional, dentro de los cuales destacan: (i) la relación entre las partes y el tribunal arbitral; (ii) en caso de que sea un arbitraje institucional, la relación existente entre la institución o centro arbitral y las partes, y; (iii) la que existe entre la institución y el tribunal arbitral. En el primer caso, consideramos que estamos frente a un contrato de mandato, conforme al cual el o los árbitros (mandatarios) se obligan a dictar, por cuenta de las partes (mandantes), el laudo arbitral que pondrá fin a la controversia.¹³⁹ Con respecto a la relación que existe entre la institución arbitral y las partes, creemos que estamos en presencia de un contrato de prestación de servicios administrativos, mediante el cual la institución o centro arbitral se obliga a administrar el procedimiento arbitral recibiendo como contraprestación una cantidad determinada bajo el concepto de honorarios o tasa administrativa.¹⁴⁰ Finalmente, la relación que existe entre la institución y el tribunal podría ser calificada como un contrato de prestación de servicios con algunos matices de mandato.

Es importante mencionar, que de manera general no existen contratos escritos que formalicen las relaciones jurídicas antes mencionadas, generalmente son acuerdos de voluntades cuyas condiciones se derivan de los documentos paralelos al arbitraje, como pueden ser los reglamentos arbitrales y demás.

Otro tema importante es la materia sobre la cual puede realizarse el arbitraje, pues aunque es un medio de solucionar controversias con mucho beneficios, hay que hacer notar que no sobre cualquier materia se puede utilizar.¹⁴¹ Asimismo, conviene determinar a qué rama del derecho corresponde el tipo de arbitraje que interesa esencialmente al presente trabajo, es decir el arbitraje privado comercial internacional, ya que algunos autores argumentan que podría pertenecer al derecho procesal, otros al internacional y un tercer grupo está inclinado a ubicarlo en el derecho mercantil. Al respecto, opinamos que el arbitraje es una institución de derecho que guarda estrecha relación y mucha influencia con las ramas del derecho antes mencionadas, pero que pertenece al derecho mercantil internacional, rama autónoma de reciente creación, con perspectivas a un crecimiento cada vez mayor.¹⁴²

¹³⁹ Véase Capítulo Primero del Título Noveno del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁴⁰ Véase Capítulo Primero del Título Décimo del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁴¹ Para mayor información sobre materias arbitrables, véase infra pp. ____

¹⁴² El derecho mercantil internacional es una parte del derecho mercantil que regula las transacciones comerciales que se celebran entre diferentes países y entre partes residentes en dos o más de ellos, a través de disposiciones, leyes, convenciones y sentencias o laudos dictados por tribunales nacionales e internacionales.

Así, concluimos que el arbitraje privado comercial internacional es el método o procedimiento de naturaleza consensual, perteneciente a la rama del derecho mercantil internacional, mediante el cual las partes resuelven una controversia surgida entre ellas, siempre y cuando dicha controversia sea susceptible de ser arbitrada, mediante la designación de una tercera o terceras personas que integran el llamado tribunal arbitral, facultándoles mediante reglas establecidas previamente o en el momento que se pacta el ejercicio arbitral para resolver la contienda, autorizando al tribunal arbitral a emitir su decisión o sentencia llamada "laudo", cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial.

2.2. ¿POR QUE ACUDIR AL ARBITRAJE? (ARBITRAJE VS. LITIGIO)

Ahora bien, después de analizar de manera general qué es el arbitraje, debemos mencionar los beneficios de acudir a él, para poder entender por qué resulta conveniente para las partes en un determinado asunto resolver sus controversias mediante este medio.

Supongamos que dos empresas, una mexicana y otra norteamericana, celebran una operación de compraventa de mercancías a efecto de que la primera las provea a la segunda en un plazo determinado y bajo las condiciones establecidas en el contrato respectivo. En el supuesto de que alguna de las dos incumpla con sus obligaciones, estaríamos en presencia de un conflicto entre las partes.¹⁴³ El mecanismo natural para resolver la controversia derivada del incumplimiento, sería tratar de conciliar los intereses de las partes, tratando de llegar a un acuerdo para resolver la disputa sin necesidad de utilizar medios litigiosos que significarían acudir a los tribunales judiciales mexicanos o norteamericanos, lo cual, sin lugar a duda, representaría para las partes un cúmulo de problemas adicionales, además de que no necesariamente resolverían de manera satisfactoria las diferencias. En este supuesto, es indudable que la empresa mexicana preferiría que el juicio fuere en México y, por su lado, la norteamericana diría que en Estados Unidos. En el caso de que de común acuerdo decidieran que el problema se ventilara en México, todas las etapas procesales se deberían presentar en el idioma español, con abogados y jueces mexicanos, lo que vendría a significar una desventaja importante para la empresa norteamericana y, en el mismo sentido,

Véase Barrera Graf, Jorge, "**Diccionario Jurídico Mexicano**", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, p. 181.

A partir del desarrollo comercial en la baja edad media (S. X), se comenzó a hablar de una "*lex mercatoria*", o sea, de un derecho mercantil que hoy llamamos internacional, compuesto por usos y costumbres mercantiles, a veces recopilados en documentos y en la doctrina jurídica elaborada a partir del "*Corpus Juris*" por los glosadores y comentaristas, que llegó a constituir, con apoyo de los comerciantes entre otros, un derecho común aplicable en todos los reinos." Véase Barrera Graf, Jorge, "**Tratado de Derecho Mercantil**", México, 1957. Para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, Documento A/5728, **Op.cit.** No. 67.

¹⁴³ Compartiendo la idea de Alan Redfern y Marin Hunter, para existir un arbitraje válido debe existir primero una disputa o una diferencia entre las partes. Puede ser que esta afirmación sea considerada como obvia, sin embargo, como se verá mas adelante existe la posibilidad de acordar el arbitraje antes de que surja la disputa y en algunos países el acuerdo relativo a futuras disputas que no han surgido no es ejecutable. Además se puede dar el caso de que, a primera vista, no exista una disputa o que alguna de las partes considere que no existe tal desacuerdo y, por lo tanto, le correspondería al tribunal arbitral determinar si existe o no la disputa y la base de la acción sería la simple diferencia entre las partes. Véase **Op.Cit.** nota al pie No.114, pp.8

tal desventaja afectaría a la parte mexicana si el juicio se realizara en los Estados Unidos de América.¹⁴⁴

En ambos casos, además, la controversia se encuentra sujeta a una serie de factores o elementos de carácter político o de otra índole que no podrían garantizar una solución totalmente imparcial. Desde luego, podría pensarse en someter el asunto a un tribunal de carácter internacional; sin embargo, hasta hoy no existe un tribunal con esas características, puesto que la "Corte Internacional de Justicia",¹⁴⁵ únicamente resuelve disputas entre estados o sujetos de derecho internacional público,¹⁴⁶ cuando éstos actúan como soberanos. Por todo lo anterior, podemos afirmar que, de no resolverse las diferencias mediante el acuerdo y la concertación de las partes, la opción más viable sería indudablemente el arbitraje. De aquí concluimos, que si las partes no quieren acudir a una corte judicial, el arbitraje internacional es la única elección: no hay alternativa.

En otras palabras lo justo es que las partes lleguen a un acuerdo totalmente intermedio "ni lo tuyo ni lo mío" y que lleve consigo seguridad jurídica. Esto solamente es ofrecido por el arbitraje.

¹⁴⁴ El art. 271 del CFPC es el fundamento jurídico de este idea.

¹⁴⁵ Los creadores de la Sociedad de Naciones resolvieron dotar a la organización con un cuerpo judicial, con la finalidad de garantizar la continuidad y homogeneidad a la administración de la justicia internacional y evitar que algunas disputas no resueltas por falta de un órgano adecuado pudieran constituir una fuente de fricción. Así, en 1920 se adoptaron los estatutos del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) que funcionó en La Haya, hasta 1939, resolviendo con éxito aproximadamente unos 50 casos. Posteriormente se cambió la institución a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), pero se conservaban los estatutos en su mayor parte. El artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, expresa lo siguiente: "La Corte Internacional de Justicia será el principal órgano judicial de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional...". La Corte está integrada por 15 jueces, que duran en su cargo 15 años, "magistrados independientes elegidos... de entre personas que gocen de alta consideración moral... o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional" (artículo 3o. de los estatutos).

La competencia de la Corte es obligatoria en algunas casos y opcional en otros. Es obligatoria, cuando las partes de un Tratado han convenido en cláusula especial que para cualquier controversia que emerja del instrumento, ella habrá de referirse a la CIJ. Es voluntaria cuando las partes, de común acuerdo, deciden que tal o cual materia sea resuelta por la Corte Internacional.

El artículo 36 del Estatuto establece que la jurisdicción de la Corte se entiende a todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

La Corte tiene, además de sus funciones judiciales, una muy importante, y es la de fungir como órgano de consulta jurídica. Todos los miembros de la ONU son *ipso facto* partes de la Corte. Véase Sepúlveda, César, **Op.cit.** nota al pie No. 52.

¹⁴⁶ Compartimos la idea de Max Sorensen en el sentido de que la concepción actual del término abarca no solo a los estados soberanos sino también las instituciones internacionales y a los individuos, tal como consideran algunos autores. Indudablemente el Estado ha sido el individuo de mayor relevancia en la regulación del derecho internacional público, pero como menciona Max Sorensen, la categoría de las personas internacionales nunca queda cerrada. Véase Sorensen, Max, "Manual de Derecho Internacional Público", Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 261.

Dentro de los aspectos positivos o los beneficios del arbitraje, podemos mencionar los siguientes, algunos de los cuales son considerados beneficios evidentes por Luis Miguel Díaz.¹⁴⁷

1. Elección y control del tribunal arbitral.

Un primer beneficio de aceptar el arbitraje, deriva de la posibilidad de que las partes elijan a las personas que integrarán el tribunal arbitral que conocerá el asunto desde el principio hasta el final. Dicha designación la pueden hacer de manera directa, es decir, especificando el nombre de la persona que actuará como árbitro o de manera indirecta, mediante la autorización a alguna institución para hacer la designación correspondiente. En cuanto al control del tribunal arbitral, las partes pueden establecer determinadas reglas, generalmente aceptan las elaboradas por una institución arbitral, bajo las cuales se va a regular la propia designación y la actividad de dicho tribunal, incluyendo el número de árbitros, modo de elección, la calificación que deban tener, causas de recusación, etc.¹⁴⁸

2. Elección del lugar del arbitraje.

Demuestra un elemento de neutralidad, ya que puede ser un lugar distinto al de residencia o al de los negocios de las partes en disputa. Para la elección del lugar del arbitraje se toman en cuenta varios factores, tales como: la ubicación geográfica y la disponibilidad de espacio y los servicios, así como el valor del negocio. Desde el punto de vista legal y político existen cuatro factores que, para obtener resultados satisfactorios, son elementales al momento de la elección del lugar, los cuales son: (i) elegir algún país que haya adoptado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en lo sucesivo se le llamará únicamente Convención de Nueva York),¹⁴⁹ ya que de lo contrario sería imposible obtener la ejecución internacional de los laudos; (ii) que el país tenga una legislación arbitral lo suficientemente moderna y adaptable a las reglas elegidas por las partes, pues como se verá mas adelante, este derecho tendrá un papel supletorio en el procedimiento y la competencia del juez para la nulidad del acuerdo arbitral. No debe confundirse que la competencia del juez que ejecutará el laudo arbitral será la del territorio en donde pretende llevar a cabo dicha ejecución; (iii) la posibilidad de designar un lugar donde se encuentren los activos de las partes, y; (iv) elegir algún país que tenga un ambiente adecuado para la conducción normal del arbitraje.

3. Elección del derecho aplicable.¹⁵⁰

Abarca tanto el derecho sustantivo como el adjetivo (*lex arbitri*), ya que las partes deciden bajo qué términos se va a desarrollar y regular el procedimiento y qué leyes sustantivas se aplicarán al fondo del asunto.

Tratándose del derecho sustantivo, éste constituye una posibilidad tanto en cuanto al procedimiento arbitral como respecto del judicial; sin embargo, generalmente en sistemas

¹⁴⁷ Díaz, Luis Miguel, "Arbitraje: Privatización de la Justicia", Editorial Themis, México, 1990, p. 14.

¹⁴⁸ Para mayor información acerca del tribunal arbitral, véase infra pp. __

¹⁴⁹ Véase infra p. 207 y nota al pie No. 340.

¹⁵⁰ Véase infra pp. __

como el mexicano, nos encontramos con el fenómeno de que las personas que participan como árbitros conocen mejor dichas reglas de aquéllas que desempeñan un cargo judicial. La diferencia es importante y casi insuperable pues el juez debe probar, conocer e interpretar el derecho sustantivo extranjero en vez de aplicar su derecho nacional, siendo difícil exigir a los jueces de un país que apliquen el derecho extranjero como lo haría un juez del país de que se trate. En estos casos, el derecho mexicano, establece solamente que las partes deben aportar al juez elementos necesarios para conocer lo regulado por ese derecho.¹⁵¹ Lo anterior se obvia con el arbitraje, ya que el tribunal arbitral se conforma normalmente por personas calificadas, especialistas en la rama requerida según el negocio de que se trate.

Indiscutiblemente la libre elección del derecho adjetivo representa uno de los mayores beneficios que se presentan en el procedimiento arbitral, ya que las partes ajustan dicha normatividad a sus necesidades propias. Como se ha mencionado con anterioridad, lo recomendable es que las partes se sujeten a algún reglamento publicado por alguna institución con plena experiencia. Dentro de las mejores opciones están el Reglamento Facultativo del la UNICTRAL, y los reglamentos de arbitrajes de la CCI, LCIA y AAA.

4. Confidencialidad.

La buena reputación en el comercio internacional es un elemento invaluable para quienes participan en este mercado. En muchas ocasiones, los conflictos surgen sin haber actuado de mala fe, o por lo menos creyendo que el incumplimiento de la relación jurídica se dio por la otra parte. Todos los sistemas jurídicos coinciden en dar el carácter de “público” al procedimiento judicial y por consiguiente a la sentencia que pone fin al asunto, lo cual podría afectar significativamente el desarrollo de cualquier comerciante, ya que una resolución contraria podría significar un elemento determinante para obstaculizar en el futuro la celebración de contratos comerciales con otras partes. Igualmente, este problema se evita con el arbitraje, ya que tanto el procedimiento como el laudo arbitral que pone fin al asunto y en general todos los documentos involucrados tienen el carácter de privados y se ajustan a reglas de estricta confidencialidad. En ocasiones se llega a publicar el laudo sin precisar los nombres de las partes contendientes y cuando las instituciones arbitrales autorizan el análisis del procedimiento a una persona ajena a éste, generalmente lo hacen para fines de investigación o meramente doctrinarios, requiriendo siempre el juramento de confidencialidad.

5. Flexibilidad e informalidad.

Los procedimientos ordinarios o judiciales implican rigidez en el procedimiento ya que no permiten pacto en contrario, lo cual es obvio para poder ofrecer a las partes igualdad

¹⁵¹ Es necesario recordar lo que se establece en los artículos 1197 del C. Com. y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles (en lo sucesivo CFPC), en donde se contempla el hecho de que el único derecho que se puede probar es el extranjero y que el tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resulte aplicable. Véase la transcripción del art. 186bis del CFPC en supra nota al pie No. _____. Por su parte, el sistema del *Common Law* también es conocido como una cuestión de hecho que requiere ser probado por las partes. En el sistema inglés se considera como “una cuestión de hecho de peculiar tipo” (*a question of fact of a peculiar kind*), véase el caso *Parkasho v. Singh* (1986) P 233, (1967) 1 All ER 737, (1967) 2 WLR 946, 110 Sol Jo 868.

y seguridad jurídica. Por el contrario, el procedimiento arbitral no es tan rígido ni ritualista; en él predomina la libertad de las partes y su única limitación es la igualdad de derechos y defensa, así como la oportunidad de hacer valer sus derechos. El procedimiento arbitral puede ser tan flexible e informal que las partes autoricen al tribunal arbitral a desahogar todas las etapas del mismo de conformidad con sus necesidades; sin embargo, nuevamente mencionamos que lo recomendable es que se sujeten a algún reglamento establecido, lo que igualmente se traduce en el otorgamiento de una amplia facultad de decisión al tribunal arbitral. Estos reglamentos, por otra parte, siempre están sujetos a un proceso intenso de estudio y actualización, con el apoyo de grandes conocedores en la materia, todo lo cual es, sin duda, una garantía adicional hacia las partes que acuerdan su aplicación.

Esta flexibilidad nos lleva a conformar relaciones quizás un poco mas avanzadas que las que puedan existir en un litigio judicial, pues el sentido del arbitraje de alguna manera puede calificarse como mas amistoso al no quedar sujeto a demasiados ritos que generalmente son parte natural del litigio judicial y que presionan a las partes y retrasan mucho el procedimiento.

6. Rapidez.

Como consecuencia de la informalidad y flexibilidad del procedimiento, las partes, con la recomendada intervención del tribunal arbitral, tienen la libertad de fijar plazos y etapas procedimentales, haciendo de éste un procedimiento rápido sin tantos obstáculos innecesarios como los propios del procedimiento judicial. El beneficio es evidente si consideramos los largos juicios que se dan cuando se somete una controversia ante un juez, lo que se traduce en pérdida de dinero para las partes y en una sentencia que al momento de dictarse, puede ser demasiado tarde afectando a los comerciantes, quizás, en el cumplimiento de otras obligaciones o limitándolos a tener el desarrollo esperado en el mercado.

A diferencia de los jueces que siempre tienen exceso de trabajo y demasiados juicios por resolver, el tribunal arbitral puede alcanzar una mejor relación con las partes, y en consecuencia, conocer con mayor profundidad y rapidez los asuntos que se le encomienden.

7. Economía.

Mucho se ha atacado al procedimiento arbitral de ser inconstitucional por ir supuestamente en contra de la impartición gratuita de justicia, tema que se trata mas adelante.¹⁵² Una vez superada esta supuesta inconstitucionalidad, se podría concluir que, por ser un procedimiento en el cual se deben pagar honorarios a todos los miembros del tribunal arbitral y una tasa administrativa a la institución arbitral, en caso de que intervenga en el asunto, así como cualquier gasto de peritos y demás, es un método cuya principal desventaja es lo oneroso del asunto. Aún este aspecto también es una ventaja frente al método tradicional, ya que si analizamos al arbitraje desde un punto de vista global y comparativo con un litigio judicial, deduciremos que el tiempo y honorarios de abogados gastados en el segundo superan en gran medida a aquellos gastados en el primero; por otro lado, la diferencia de tiempo entre la emisión del laudo arbitral y la de la sentencia judicial

¹⁵² Véase infra pp. __

podría ser tan amplia que llegara a representar una suma considerable de dinero dejado de ganar por la parte beneficiada con la resolución.

Indiscutiblemente la funcionabilidad del arbitraje depende en gran medida del monto del asunto, pues habrá algunas controversias que cumplan con todos los requisitos para ser un buen asunto arbitrable; sin embargo, si su cuantía es poca, no valdría la pena someterlos a arbitraje. Por esa razón, la mayoría de las instituciones arbitrales establecen una cantidad mínima en sus tablas de honorarios y tasas administrativas, pues es una manera de recomendar a las partes a analizar profundamente, desde el punto de vista económico, la idea de someter asuntos a dichas instituciones.¹⁵³ Lo anterior no quiere decir que no acepten estos asuntos; están capacitadas y dispuestas a aceptar asuntos con cualquier monto pero en ocasiones las partes concluirán la no rentabilidad del arbitraje, caso en el cual se recomienda analizar la posibilidad de un arbitraje *ad-hoc* en donde no se requieren pagar tasas administrativas.

Como parte de esta ventaja está el hecho de que generalmente en el arbitraje se conocen de antemano sus costos con base en los cuales las partes pueden hacer un presupuesto de lo que gastarían al utilizar este método de solución de controversias.

8. Elección de los abogados.

En todo conflicto las partes tienen la libertad de escoger los abogados que representarán sus intereses, de conformidad con las normas sustantivas y adjetivas aplicables. Podríamos pensar que lo anterior no significa ninguna diferencia entre el procedimiento arbitral y el judicial y por lo tanto, no debería ser calificado como un beneficio para acudir al arbitraje; sin embargo, y en el caso específico de países que participan cada vez mas en este mecanismo, como es el caso de México, podemos decir que el beneficio radica en el hecho de que, generalmente, los abogados que intervienen en este tipo de asuntos son profesionales altamente capacitados, con un nivel de preparación y experiencia superior a la normalidad. Por otro lado, las partes no están obligadas a contratar abogados nacionales del lugar donde se lleve el arbitraje, sino que pueden ser asesoradas por los consultores jurídicos que seleccionen; en otras palabras, no es necesario que los abogados que asesoran a las partes estén autorizados o tengan licencia para litigar en el lugar sede del arbitraje, como sucede generalmente en los casos de litigios judiciales.¹⁵⁴ Como excepción a esta regla, mencionamos lo dicho por Alan Redfern, relativo a que en pasados casos, países como Singapur y Malasia han evitado el ejercicio de abogados extranjeros en arbitrajes ventilados en sus territorios.¹⁵⁵

9. Especialización

¹⁵³ De manera general podemos decir la cantidad mínima establecida por las instituciones es de US\$50,000.00.

¹⁵⁴ De conformidad con el artículo 25 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (DOF, 26 de mayo de 1945), y sus correlativos de los estados, para ejercer en el Distrito Federal y en los demás estados de la República, cualquiera de las profesiones referidas en la ley, se requiere título legalmente expedido y debidamente registrado y obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

¹⁵⁵ Redfern, Alan, "Why Arbitrate Transnational Disputes?, Should Institutional or Ad-hoc Arbitration be Provided?", *"Transnational Commercial Arbitration Workshop. Selected Aspects for Consideration by Counsel and Arbitrators"*, The Institute for Transnational Arbitration (ITA), Texas, 1989, p. 6.

El tribunal arbitral es quien resuelve definitivamente el asunto, abarcando el concepto de tribunal a un árbitro o a un conjunto de ellos, que estén lo suficientemente capacitados para poder interpretar el contrato, así como calificar y evaluar el incumplimiento que hubiere originado la disputa. A este respecto, la ventaja radica en que las personas que integran este órgano arbitral, deben ser expertas en determinadas materias, que, a diferencia de la mayoría de los jueces, no son neófitos en el área objeto de la disputa, cuando se trata de asuntos de naturaleza complicada y principalmente con relación a cuestiones internacionales (v. gr. transferencia electrónica de fondos (*EDI*),¹⁵⁶ contratos de transferencia de tecnología, marítimos, etc.). Las personas designadas como árbitros deben ser totalmente imparciales y pueden ser técnicos sin que cuenten con la licenciatura en Derecho, sin embargo, en estos casos se recomienda la asistencia de por lo menos, un abogado en el tribunal arbitral.

10. Imparcialidad.

Esta característica, aunque difícil de garantizar por tratarse de la intervención del ser humano, se demuestra con dos hechos: la confianza de las partes en el o los árbitros y, en el prestigio de la institución que administrará el procedimiento, en caso de estar frente a un arbitraje institucional. Indiscutiblemente, podría argumentarse que tanto un procedimiento judicial como uno arbitral pueden ser parciales o imparciales, sin embargo, creemos que el carácter confidencial y la preparación de los árbitros en determinados asuntos muy especializados, así como el menor grado de factores políticos que pueden influir en un asunto arbitral, conlleva a la conclusión de considerar este método con mayor imparcialidad que el método tradicional.

11. Aceptación mundial del laudo.

Actualmente existe la tendencia mundialmente reconocida, en cuanto la definitividad de la decisión del tribunal arbitral, ya que no se contempla la posibilidad de apelar el laudo, salvo la procedencia, en su caso, de la nulidad del mismo. Existen varios tratados internacionales que regulan el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, lo que garantiza la obligatoriedad de la decisión. Sin lugar a duda lo anterior es un gran beneficio frente al procedimiento ordinario, ya que es más sencilla la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero que no son el producto de la actividad judicial de un tribunal extranjero, sino el resultado del encargo dado por las partes al tribunal arbitral para que dé solución a sus controversias. Además, la experiencia ha demostrado que la mayoría de las veces las partes dan cumplimiento voluntario a los laudos arbitrales y cuando

¹⁵⁶ *Electronic Data Interchange*. Debe mencionarse el logro alcanzado a este respecto el pasado enero de 1988 con las Reglas *UNCID (Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission)*, cuyo promotor fue la CCI y la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas (*UN Economic Commission of Europe*). Posteriormente, en abril de 1988, se dio otro paso importante con la adopción de las Reglas *UN/EDIFACT (United Nations Rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport)*. La *ISO (International Organisation for Standardisation)* en cooperación con otros organismos internacionales, ha producido el (*UNTDED, Trade Data Elements Directory*) que es un documento, publicado en inglés, francés, español y ruso, adoptado en 1985 que contiene alrededor de 500 términos comerciales con identificaciones numéricas.

no cumplen, los países no imponen tantas trabas porque no se trata de un acto proveniente de una autoridad judicial extranjera.

Un destacado juez inglés,¹⁵⁷ dice que "el arbitraje es el método perfecto para resolver las disputas, porque es un método que depende de la libre elección de las partes", esto es trascendente y con múltiples beneficios cuando las partes saben lo que están haciendo, ya que el simple hecho de manifestar su voluntad encaminada a resolver las controversias mediante el arbitraje, trae consecuencias que son imposibles de evitar por la simple voluntad de una de las partes; es decir, si posteriormente al acuerdo una de las partes cambia de parecer y desea no acudir al arbitraje, ésta se encuentra obligada a someterse a él hasta que de común acuerdo las dos partes decidan no hacerlo. Por otro lado, la sentencia arbitral es una decisión que debe ser cumplida por la parte perdedora, le guste o no, ya que puede hacerse cumplir con la fuerza de la ley, pues como dijo *Alan Redfern*, "mientras empieza con un acuerdo voluntario entre las partes, termina con una decisión que es internacionalmente ejecutada".¹⁵⁸ Esto nos demuestra, que cuando dos personas deciden ir al arbitraje, deben conocer todas las consecuencias que esto significa, y así poder utilizar la institución del arbitraje lo mejor posible.

2.3. EL ARBITRAJE Y SUS ORIGENES.

Desde que existe la humanidad han existido transacciones comerciales y convenios celebrados con la buena fe de que las partes involucradas van a cumplir con el objeto, plazo y demás términos y condiciones pactadas; sin embargo, la misma historia nos ha enseñado que en muchos casos se presenta el incumplimiento de obligaciones. Así, surgió el arbitraje como un medio para solucionar las controversias, al grado de que Carnelutti lo cita como el inmediato antecedente del proceso jurisdiccional.

Es importante mencionar que en la antigüedad se llevaban a cabo arbitrajes principalmente de carácter público, en los cuales el árbitro actuaba como amigable componedor, siendo por lo general personas de gran prestigio y reputación como los reyes y papas.

La utilización entre los estados del arbitraje de derecho público, tuvo su origen, según opinión generalizada, entre los griegos, en una época que se remonta 600 años antes de Cristo. Pero puede decirse que la historia moderna del arbitraje, registra el hecho de que un arbitraje pactado previamente, con normas de procedimiento, tal como se le conoce hoy en día, no existió sino hasta finales del siglo XVIII. El "Tratado de Jay" de 1794, entre Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, es el primer ejemplo de un pacto de arbitraje en los tiempos modernos; y el primer caso de funcionamiento de tribunales arbitrales, en el sentido actual de la institución. Posteriormente se constituyó un tribunal establecido entre Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica para ajustar las reclamaciones relativas a

¹⁵⁷ El Lord Justice Bingham, en "*The Freshfields Arbitration Lecture*", mayo de 1989.

¹⁵⁸ *Redfern, Alan*, **Op.cit.** nota al pie No. 118, p. 11.

Alabama, en 1871.¹⁵⁹ Este tribunal permitió, que los estados tomaran confianza en este nuevo procedimiento para arreglar disputas.

Durante la última parte del siglo XIX, encontramos muchos instrumentos multipartitas que incluyen cláusulas compromisorias, pero fue hasta 1889, en la Conferencia de La Haya, que se empezó a considerar al arbitraje como una institución respetable y a ponerse de moda la suscripción de tratados bilaterales respecto a esta materia.¹⁶⁰ Durante las tres primeras décadas del presente siglo, a partir de La Conferencia de La Haya de 1907, hubo una gran actividad arbitral, empezando por la labor del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya,¹⁶¹ seguida por la de los diversos tribunales arbitrales, comisiones mixtas de reclamaciones y árbitros únicos. Los principales temas a resolver fueron controversias sobre fronteras, derechos de pesca y, sobre todo, reclamaciones de daños a extranjeros.¹⁶²

Sin embargo, desde los años treinta, el arbitraje de derecho público perdió mucho impulso y en la actualidad se encuentra en un nivel secundario.¹⁶³

En cuanto al arbitraje de derecho privado, es más difícil rastrear el camino por el que ha pasado; sin embargo, podemos comentar que si bien el arbitraje en materia pública ha decaído, por el contrario, en el derecho privado cada vez lo vemos con mayores

¹⁵⁹ Una modalidad distinta a la de constituir comisiones mixtas se siguió en el caso del arbitraje de *Alabama claims*, (Moore, *International Arbitrations*, Vol. I, pp. 495-682), cuando se estableció un cuerpo colegiado constituido por un miembro designado por cada parte y otros tres designados por el rey de Italia, el presidente de la Confederación Suiza y el presidente de Brasil. El arbitraje Alabama, en virtud de la magnitud de las cuestiones que decidió, y la asimilación que realizó el procedimiento arbitral al judicial, estimuló a los juristas para hacer un extenso estudio de las decisiones arbitrales. Véase Sorensen, Max, **Op.cit.** nota al pie No. 43, pp. 636.

¹⁶⁰ México principió a suscribir tratados de arbitraje en 1902, con España, Argentina, Perú y Uruguay. Actualmente tenemos tratados de arbitraje público celebrados con Brasil (1909), Colombia (1928), e Italia (1907). Véase **"México: Relación de Tratados en Vigor"**, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1991, pp. 11, 16 y 48.

¹⁶¹ Dicho Tribunal fue creado en La Conferencia de La Haya de 1899, siendo fortalecido por la misma Conferencia celebrada en 1907. Consiste en una larga lista de personas de reconocida competencia en materia de derecho internacional (cada Estado miembro designa cuatro personas). De ahí se toman los árbitros que, de acuerdo con los estados contendientes, han de componer el tribunal arbitral. En ocasiones se le llama como "Corte Permanente", lo cual es erróneo, porque está compuesta: (i) por una Oficina Internacional, que funciona como registro del Tribunal y custodia de sus archivos; (ii) por un Consejo Administrativo Permanente, compuesto por representantes diplomáticos de las partes contratantes acreditadas en La Haya, y del cual es presidente el ministro de relaciones exteriores de los Países Bajos, para ejercer control administrativo sobre la Oficina Internacional, y; (iii) por la Lista de Arbitros. Evidentemente, es más una manera de facilitar la creación de tribunales *ad-hoc* que una corte, y mucho menos una corte permanente" (Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-42*, p. 11). Véase Sorensen, Max, **Op.cit.** nota al pie No. 43, p. 636. Véase *infra* p. 76.

¹⁶² Como ejemplo de los arbitrajes que se encargan de reclamaciones de daños a extranjeros tenemos al tribunal de arbitraje EUA-IRAN. Véase *infra* nota al pie No. 119 y Contreras, Joaquín, **"Making & Planning a New International Venture: A Direct Foreign Investment in the Mexican Petrochemical Industry"**, Thesis L.L.M., Master of Law, University of Houston, Law Center, EUA, 1991, p. 64, en donde cita a Brower, "Current Development in the Law of Expropriation and Compensation: A Preliminary Survey of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal", 21 Int'l L. 639 (1987).

¹⁶³ Véase *infra* p. 75.

perspectivas. Los romanos aplicaban ampliamente el arbitraje a las relaciones privadas, utilizando mucho la figura de los amigables compondores.

De acuerdo con José Luis Siqueiros,¹⁶⁴ las raíces del arbitraje privado se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace referencia a los árbitros en el Génesis y el Exodo. En Roma las XII Tablas ya mencionan el arbitraje.¹⁶⁵ En un principio, los árbitros sólo atendían a los conflictos surgidos entre ciudadanos romanos pero ya para la época del procedimiento formulario se incluyeron los conflictos entre extranjeros o entre ciudadanos y éstos. Justiniano en el *Digesto* se refiere a los árbitros, indicando que había libertad para acatar o no la decisión arbitral, pero en una constitución del año 529 de este emperador se ordenó que cuando hubiere juramento de acatar la sentencia por cualquiera de las partes y, siempre que fuere un fallo con verdad, aquéllos deberían de cumplir el laudo.

El arbitraje y las normas de Derecho Romano se transplantaron al Sacro Imperio Germánico y pudieron subsistir en las estructuras romana y germánica de España, bajo la administración de los visigodos y los bizantinos, así como resistir el impacto islámico. Así pues, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Siete Partidas,¹⁶⁶ la Nueva y la Novísima Recopilación contenían disposiciones referentes a la designación de “avenidores”, de “árbitros” (letrados) y de “arbitradores” (no letrados). Se regulaba también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo.

Después de la unión de Castilla y Aragón, la institución del arbitraje se extendió al nuevo continente, y pese a la compleja formación de la administración indiana, conocieron sus beneficios. Las leyes de Indias, juntamente con la legislación de la Metrópoli, formaban el derecho positivo de las colonias españolas en América. En los inicios de la América independiente, no existió autonomía legislativa, particularmente en el ámbito del derecho privado, ya que se utilizó la legislación española.¹⁶⁷ Las legislaturas latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros terceros; así como el uso del arbitraje para resolver diferendos comerciales, lo cual fue adquiriendo carta de naturaleza en los códigos comerciales y en los ordenamientos de procedimiento civil de todas las naciones latinoamericanas. El derecho español y el portugués, en el caso de Brasil, dejaron de ser aplicables en las legislaciones internas en América, pero los nuevos ordenamientos mantuvieron la vigencia de los viejos principios. En México, en 1890, con Porfirio Díaz, entró en vigor el C. Com., que regulaba todas las materias de carácter comercial, mismas que paulatinamente se fueron separando para formar distintos ordenamientos jurídicos, lo que no sucedió en el caso de la materia arbitral.

¹⁶⁴ Véase Siqueiros, José Luis, **Op.cit.** nota al pie No. 91, p. 180 y Siqueiros, José Luis, *Op.cit.* nota al pie No. 131, pp.7-9.

¹⁶⁵ Tablas II y XII.

¹⁶⁶ Véase *infra* nota al pie No. 112.

¹⁶⁷ La legislación española tuvo aplicación en la Nueva España, aún después de la independencia, hasta la promulgación de los primeros códigos civiles. En primer lugar fueron aplicadas las Leyes de Toro, hasta la publicación de la Nueva y la Novísima Recopilación y supletoriamente el Ordenamiento de Alcalá, Las Siete Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo. Véase Galindo Garfías, Ignacio, **"Derecho Civil"**, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

Un gran paso en la evolución del arbitraje privado fue la creación de instituciones arbitrales, dentro de las cuales han destacado la hoy conocida Corte de Londres de Arbitraje Internacional (*LCIA*) en 1892, seguida de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (*ICC*) en 1923 y la Asociación Americana de Arbitraje (*AAA*) en 1926.¹⁶⁸

Por todas partes, en los países del *common law*, al igual que en los del derecho escrito, el curso del arbitraje privado continuó avanzando de manera impresionante, no obstante la influencia del entonces artículo 1006 del Código Francés, opuesto en cierta forma a la institución, "ya que requería que en el convenio para arbitrar se designaran los objetos en disputa y los nombres de los árbitros, limitando de este modo el arbitraje a controversias ya existentes."¹⁶⁹ Posteriormente, empero, cambió esta legislación francesa.

Podemos decir que el inicio del arbitraje privado comercial internacional en la era moderna o contemporánea lo marca el Protocolo de Ginebra de 1923.¹⁷⁰ Posteriormente se firmó la Convención de Ginebra para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1927.¹⁷¹ Después de la Segunda Guerra Mundial, y a iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, se sometió a discusión en la ONU una nueva convención sobre la ejecución de laudos extranjeros, la cual se aprobó en Nueva York, en 1958.¹⁷²

Como consecuencia de los esfuerzos realizados por la ONU en favor del arbitraje comercial internacional, se celebraron más tratados en todo el mundo. En 1961 se firmó en Ginebra la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual aborda los puntos de la Convención de Nueva York, pero añade algunos aspectos importantes, tales como el reconocimiento expreso de que un Estado o una entidad pública pueden ser parte de un arbitraje comercial.¹⁷³ En 1965, con el objeto de resolver las controversias que surgieron entre los inversionistas privados y los estados que recibieran las inversiones, se firmó en Washington la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.¹⁷⁴ En 1966 el Consejo Europeo¹⁷⁵ aprobó la

¹⁶⁸ Para mayor información de éstas y otras instituciones, véase *infra* pp. _

¹⁶⁹ Carrillo Ramírez, Jorge Aurelio, "*Arbitraje Comercial Internacional*", "**Revista de la Facultad de Derecho de México**", Tomo XI, números 43-44, 1961, p.478.

¹⁷⁰ Promovido por la Cámara de Comercio Internacional, tiene por objeto dar validez a los convenio para referir al arbitraje controversias futuras, es decir dar validez a la cláusula arbitral. Véase *infra* p. 128.

¹⁷¹ Tuvo efectos limitados, porque se aplicaba únicamente respecto de laudos que fueren dictados en alguno de los estados contratantes, y que fueren resultado de un litigio entre partes que fueran ambas nacionales de estados contratantes. Los textos del Protocolo y de la Convención de Ginebra, en español, pueden consultarse en Briseño Sierra, Humberto, **Op.cit.** No. 93, pp 113. Véase *infra* notas al pie Nos. 212 y 213.

¹⁷² Esta Convención deroga el Protocolo y la Convención de Ginebra antes mencionados, respecto de estados que la ratificaron y habían antes ratificado los documentos de Ginebra. La diferencia entre estos documentos, consiste en que la Convención de Nueva York establece que pueden ejecutarse los laudos pronunciados en cualquier Estado, y no exclusivamente, como lo marca la de Ginebra, los pronunciados en estados contratantes. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que los estados contratantes se reserven el derecho de no ejecutar más que los laudos de estados contratantes. Por otro lado, en el régimen de la Convención de Ginebra se dejaba a la parte actora la carga de probar la validez del laudo cuya ejecución se invocaba; la Convención de Nueva York en cambio, presume que el laudo es válido, y deja la carga de la prueba sobre su validez al demandado que se opone a la ejecución. El texto de la Convención de Nueva York puede consultarse en **idem**, pp 133. Véase *infra* nota al pie No. 214.

¹⁷³ Se puede consultar el texto en español de la Convención Europea en Briseño Sierra, Humberto, **Op.cit.** nota al pie No. 93, pp 140. Véase *infra* nota al pie No. 207.

Convención de Estrasburgo, por la que definió un proyecto de ley uniforme en materia de arbitraje.¹⁷⁶

En 1966, la Asamblea de las Naciones Unidas, con el objeto de armonizar y unificar el derecho que regula el comercio internacional, creó la "Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (CNUDMI, y cuyas siglas en inglés son *UNCITRAL*),¹⁷⁷ la cual, en el mismo año, aprobó un cuerpo de reglas o reglamento sobre arbitraje comercial, conocido como "Reglamento Facultativo".¹⁷⁸ Dicha Comisión también creó la "Ley Modelo", con la cual no debe confundirse.¹⁷⁹

El Reglamento Facultativo es de gran importancia en la evolución del arbitraje comercial internacional, ya que representa un auxiliar en los arbitrajes ad-hoc y, aunque muchas instituciones ya tenían sus propias reglas al momento de la publicación de éstas, otros organismos como la CIAC las adoptaron como suyas.¹⁸⁰

Por otro lado, en el mundo socialista se firmó en 1972, la Convención para el Arreglo por Medio de Arbitraje de Controversias de Derecho Privado Resultantes de la Cooperación Económica, Científica y Tecnológica,¹⁸¹ la cual se aplica únicamente a los países socialistas que forman parte del Consejo de Ayuda Económica Mutua.¹⁸²

En América Latina y de acuerdo con Julio C. Treviño, "podría hablarse de dos etapas en el desarrollo de esta tradición. La primera arranca de finales del siglo pasado, y se caracteriza por la búsqueda de un derecho arbitral común a los países latinoamericanos. La segunda comienza con la ratificación de la Convención de Nueva York por varios países latinoamericanos."¹⁸³

¹⁷⁴ Se puede consultar el texto en español de dicha Convención en *idem*, pp 168. Véase infra nota al pie No. 215.

¹⁷⁵ Organismo de cooperación europea creado el 5 de mayo de 1949 por Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega y Suecia; más tarde se adhirieron la República Federal Alemana, Grecia, Islandia, Turquía y Austria. El Consejo de Europa consta de una Asamblea y un Consejo de Ministros; su fin es favorecer la unión entre los estados miembros y fomentar su progreso económico y social. La sede del Consejo reside en Estrasburgo.

¹⁷⁶ La Convención de Estrasburgo sólo ha sido firmada por Austria y Bélgica, y sólo en este último país ha producido una reforma legislativa. Se puede consultar el texto en español de dicha Convención en Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.* nota al pie No. 93, pp 150. Véase infra notas al pie Nos. 203 y 208.

¹⁷⁷ Véase supra nota al pie No. 63.

¹⁷⁸ El texto en inglés del Reglamento de la *UNCITRAL* puede verse en Redfern-Hunter, "*Law and Practice of International Commercial Arbitration*", London, 1986, pp 416, quien las explica en pp. 363. Estas reglas fueron luego complementadas por las "*Guidelines for Administering Arbitration under the Uncitral Arbitration Rules*" (1982). Una explicación de su contenido puede consultarse en Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.* nota al pie No. 93, pp. 94.

¹⁷⁹ Véase infra p. 129 y notas al pie Nos. 217 y 218.

¹⁸⁰ Las Reglas de la *UNCITRAL* fueron íntegramente adoptadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, establecido en 1981 para solucionar los conflictos comerciales entre las dos naciones, principalmente los derivados de la congelación de depósitos bancarios iraníes en Estados Unidos, ordenada por decisión judicial.

¹⁸¹ Se puede consultar el texto en español de la Convención de Moscú en *idem*, pp 168. Véase infra nota al pie No. 209.

¹⁸² Véase supra nota al pie No. 49.

De acuerdo con lo antes transcrito, el derecho común latinoamericano en materia de arbitraje comenzó con la firma del Tratado de Montevideo sobre la unificación de los estados sudamericanos respecto del derecho procesal, el 11 de enero de 1889 en Uruguay.¹⁸⁴ En 1940, en Montevideo, se elaboró un segundo tratado para complementar el primero. En ambos se hablaba de la ejecución de sentencias y laudos arbitrales.

Un segundo grupo de países latinoamericanos, firmaron en Caracas, en 1911, la Convención de Bolivia sobre la Ejecución de Laudos Extranjeros, que básicamente contenía lo mismo que la de Montevideo.¹⁸⁵ Sin embargo, el gran esfuerzo en la unificación del derecho internacional privado latinoamericano, fue en el año de 1928, en la Habana, Cuba, al aprobarse el Código Bustamante.¹⁸⁶

Por otra parte, el Comité Interamericano de Juristas, formuló un proyecto para una Convención Interamericana de Arbitraje Comercial, el cual fue remitido para su aprobación, a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁸⁷ Después de varias enmiendas, el proyecto fue aprobado en Panamá, en 1975.¹⁸⁸ Dicha Convención de Panamá sigue de cerca a la de Nueva York.¹⁸⁹

En 1979, los estados miembros de la OEA, firmaron en Montevideo, Uruguay la Convención Interamericana sobre la Validez Extraterritorial de las Sentencias y Laudos

¹⁸³ Treviño, Julio C., "El Arbitraje Comercial Internacional: Un Recurso para América Latina", Conferencia sustentada el 17 de noviembre de 1987 en el II Seminario Iberoamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional, organizado por el Instituto Centroamericano de Derecho Arbitral en la ciudad de Guatemala, C. A., **"Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho"**, Año 12, Número 12, México, 1988, p. 338.

¹⁸⁴ El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Véase infra nota al pie No. 204.

¹⁸⁵ Fue ratificada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Véase infra nota al pie No. 205.

¹⁸⁶ Véase infra nota al pie No. 206.

¹⁸⁷ Es el organismo regional mas antiguo del mundo. Su origen se remota a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C. entre octubre de 1889 y abril de 1890. La Carta de la OEA fue suscrita en Bogotá en 1948 y entró en vigor en diciembre de 1951. La OEA cuenta hoy con 35 estados miembros. Además, la Organización ha concedido el status de Observador Permanente a 43 estados, incluyendo a la Unión Europea. Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos, promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar la efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los estados miembros.

¹⁸⁸ La importancia de esta convención radica, entre otras cuestiones, en el hecho de establecer que cuando las partes no designen reglas de arbitraje, se aplicarán las reglas propias de la CIAC, las cuales, como ya se mencionó con anterioridad, son las mismas que las reglas de arbitraje formuladas por la UNCITRAL, lo que demuestra, una vez más, la tendencia a unificar mundialmente las reglas creadas por la UNCITRAL. Véase infra nota al pie No. 210.

¹⁸⁹ Aunque en esencia contienen lo mismo, la de Panamá tiene la laguna de no prever nada sobre el control que los tribunales comunes pueden ejercer sobre el tribunal arbitral; específicamente, no dispone que el juez común deniegue la acción a una parte que, habiendo convenido una cláusula arbitral, no acepte ir al arbitraje, ni tampoco define si el árbitro tiene competencia para decidir definitivamente sobre su propia competencia o si, por el contrario, es el juez común quien tiene que decidir esto.

Extranjeros, que se aplica a laudos y sentencias sobre materias civil, laboral y mercantil; en esta última materia se cubren los aspectos no comprendidos en la Convención de Panamá.¹⁹⁰

Para terminar con este breve recorrido sobre la evolución del arbitraje, debe destacarse la reciente creación del primer centro especializado de importancia en la Ciudad de México, es decir del Centro de Arbitraje de México (CAM) cuya expectativa es extraordinaria y estamos seguro que jugará un excelente papel en el país y posteriormente a nivel mundial.¹⁹¹

Esta tendencia en Latinoamérica respecto a la unificación del derecho arbitral, la hemos observado en varias regiones del mundo, inclinándose cada vez más, a la unificación mundial. Una muestra de esa gran evolución del arbitraje privado comercial internacional, son las instituciones y convenciones que se han ido creando en los últimos tiempos, a las cuales nos referimos en esta obra. El futuro es promisorio, pues como bien dice Carnelutti, "la institución, mal comprendida por la doctrina y menospreciada por la práctica, que ha llegado a ser condenada a desaparecer, está más viva que nunca."¹⁹²

2.4. DIVERSOS TIPOS DE ARBITRAJE.

Resulta necesario efectuar un breve análisis de los diversos tipos de arbitraje que podemos encontrar, y así establecer con claridad ciertas cuestiones terminológicas en el contexto de esta materia; es decir, debemos precisar las semejanzas y diferencias que existen entre los distintos tipos de arbitraje, para mejor entender el arbitraje privado comercial internacional, tema del presente trabajo.¹⁹³

Con diferentes enfoques, el arbitraje puede conceptuarse de la siguiente manera:

1. Arbitraje en equidad y en derecho.

El arbitraje en equidad, es como en un principio se empezó a conocer esta institución jurídica y es aquel tipo de arbitraje que resuelve la controversia bajo el principio de "*ex aequo, ex bono*", que significa "lo que es equitativo, es bueno"; es decir, resolver de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo el asunto. La persona que resuelve el asunto es conocida como "amigable componedor" (*amiable compositeur*), siendo generalmente uno solo, pues es difícil encontrar dos o más conciencias iguales. El fallo mediante el cual da a conocer su resolución al asunto, es conocido como "fallo en conciencia".¹⁹⁴

¹⁹⁰ Siete países han ratificado ambas convenciones, la de 1975 y 1979: Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, México, Panamá y Uruguay. Véase infra nota al pie No. 211.

¹⁹¹ Para mayor información, véase infra pp. _

¹⁹² Carnelutti, Francisco, "**Estudios de Derecho Procesal**", vol. II, traducción de Santiago Sentís Melendo, 1952, p. 532.

¹⁹³ Una exposición detallada de los distintos tipos de arbitraje se puede consultar en Redfern-Hunter, **Op.cit.** nota al pie No. 117, pp.26-50.

¹⁹⁴ Dentro del derecho comparado, encontramos que las personas que resuelven estas controversias son conocidas de distintas formas, así en Italia les llaman "irrituales", en América del Sur les llaman "arbitradores" y en otras partes se les conoce también como "amigables componedores" o "mediadores."

En la actualidad no es muy utilizado este tipo de arbitraje; en ocasiones se recurre a él cuando el negocio es de poco valor económico. Se le considera un medio distinto del arbitraje para solucionar las controversias, entendiendo este último como la concepción moderna de la institución.

Dentro de la legislación mexicana, el único requisito exigido para utilizar este tipo de arbitraje, es que el amigable componedor esté facultado, por la voluntad expresa de las partes, para resolver el problema. Dicho criterio es de aceptación internacional.

El arbitraje en derecho, también conocido como de "*stricto iure*", se da cuando los árbitros tienen que fallar la controversia ajustándose estrictamente a las reglas de derecho. Este tipo de arbitraje es el más utilizado en la actualidad, porque indudablemente trae mayor seguridad jurídica a las partes.

2. Arbitraje de derecho público y de derecho privado.

El arbitraje de derecho público, es "el arreglo de los conflictos entre los estados, con sujeción a los dictados del derecho internacional, por árbitros designados por los gobiernos interesados, quienes se comprometen a consignar el laudo que recaiga como solución definitiva de la cuestión debatida".¹⁹⁵ En otras palabras, es el arbitraje que se lleva a cabo entre estados soberanos, sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas.¹⁹⁶ En estos casos, el Estado se encuentra dotado de "*iure imperiis*", que es lo que distingue a éste de los particulares.

Este tipo de arbitraje tuvo mucha utilización en épocas anteriores, principalmente para resolver problemas relativos a límites territoriales, y en la mayoría de los casos nombraban como árbitro a personalidades reconocidas y muy respetada por todos, como podrían ser los papas, los jefes de estado o profesores eminentes.¹⁹⁷ En la actualidad, los arbitrajes de derecho público se utilizan en las controversias que surjan en la interpretación y aplicación de tratados bilaterales o multilaterales,¹⁹⁸ pues ya no hay tantos conflictos

¹⁹⁵ De Pina Vara, Rafael, **Op.cit.**, nota al pie No. 2, p. 98.

¹⁹⁶ Sin embargo, los arbitrajes de carácter público, por la fuerte carga política que pueden implicar, a veces han contribuido a difundir desconfianza respecto del arbitraje en general. La doctrina internacionalista difundida en Latinoamérica, conocida como doctrina Calvo, por la cual los extranjeros renuncian a la protección de sus gobiernos, tiene su origen en parte en una desconfianza hacia el arbitraje público, entendido como "protección diplomática". Véase Siqueiros, José Luis, "*Arbitration in Latin American Countries. Perspective from México*", Conferencia leída en "*The National Institute of the American Bar Association*", el 5-6 de noviembre de 1987, en Miami, EUA.

¹⁹⁷ Para conocer un breve resumen de la evolución de este tipo de arbitraje, véase supra p. 66.

¹⁹⁸ Encontramos diversos mecanismos de solución de controversias en estos tratados internacionales, como denominador común, se trata de buscar la solución por vías diplomáticas y en ocasiones acudiendo a mecanismos de conciliación y, en caso de no lograr una solución, se acude al arbitraje. En el texto de los tratados se prevé, generalmente, la creación de organismos supranacionales, comisiones mixtas, paneles internacionales y órganos de consulta que sirven para solucionar las controversias. El análisis de estos mecanismos de solución de controversias, en donde se incluye al arbitraje, merece la elaboración de una investigación por separado, para efectos de la presente investigación, solamente se mencionarán algunos instrumentos internacionales que demuestran gran evolución en la utilización de estos métodos de solución de conflictos internacionales: (i) Convenio de Aviación Civil Internacional. Abierto a firma en Chicago 1944,

territoriales como en otras épocas y la mayoría de las relaciones entre estados se encuentran reguladas mediante este tipo de instrumentos internacionales. Las controversias de los estados se resuelven principalmente por la vía diplomática, y en caso de fallar el intento diplomático los estados acuden básicamente ante dos instituciones; (i) La Corte Permanente de Arbitraje (también conocido como Tribunal Permanente de Arbitraje), y; ii) La Corte Internacional de Justicia.¹⁹⁹ Cuando el asunto no es llevado al primero para que sea resuelto mediante arbitraje, el litigio será del conocimiento de la Corte que es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

En 1889, en la Conferencia de La Haya,²⁰⁰ el arbitraje empezó a ser considerado como una institución respetable, y susceptible de generalizarse. El artículo 16 de la Convención de la Haya de 1899, que después fue el artículo 38 de la Convención de 1907,²⁰¹ expresaba: "En las cuestiones jurídicas y, en primer término, en las cuestiones sobre interpretación o aplicación de los tratados internacionales, las potencias contratantes reconocen el arbitraje como el medio más eficaz y al mismo tiempo, el más equitativo para resolver los conflictos que no hayan podido solucionarse por la vía diplomática." De ahí

Véase Tratados Ratificados y Convenios celebrados por México, Senado de la República, v. IX, 1972, p. 281 artículo 84. Dicho Convenio prevé la celebración de Convenios Complementarios entre los Estados parte existiendo uno entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino Unido (Diario Oficial de la Federación, 31 de mayo de 1989, p.3); (ii) Convenio Internacional de Telecomunicaciones. Adoptado en Nairobi, Kenia el 6 de noviembre de 1982, "Tratados, Senado México, Tomo XXIV, p. 655, Diario Oficial del Federación, 29 de junio de 1984. Artículos 59 y 82; (iii) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. "Tratados, Senado México", Tomo XXIV, p. 419. Hecha en Montego Bay, Jamaica, 10 de diciembre de 1982. Sección 5, artículos 186, 187, 188 y sig; (iv) Acuerdo que crea el Fondo Monetario Internacional. "*Basic Documents of International Economic Law*", CCH International. Chicago, 1990, p. 321; (v) Acuerdo que contiene la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. "Tratados, Senado México", Tomo IV, p. 439. Este documento forma la Parte XIII del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociados y Alemania, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919; (vi) Convenios Internacionales sobre Azúcar, Cacao, Caucho y Café. "Tratados, Senado México Convenio Internacional del Azúcar (Ginebra 1977). Tomo XXII, p. 311; Convenio Internacional del Cacao (Ginebra 1980), Tomo XXIII, p. 719; Convenio Internacional del Caucho (Ginebra 1979), Tomo XXIII, p. 309; Convenio Internacional del Café (Nueva York, 1983), Tomo XXV, p. 5; (vii) Acuerdo Relativo al Comercio Internacional de los Textiles. "Tratados, Senado México, Tomo XX, p. 555; (viii) GATT. Véase supra p.__; (ix) TLC. Véase infra p.__; (x) Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile. Véase infra. p.__, y; (xi) ALALC, ALADI, CARICOM, MERCOSUR, Mercado Común Andino. Véase supra pp. __

¹⁹⁹ Para mayor abundamiento sobre la Corte o Tribunal Permanente de Arbitraje y la Corte Internacional de Justicia, véase supra notas al pie Nos. 106 y 97, respectivamente. El estatuto original de las convenciones mediante las cuales se constituyeron estas Cortes, sólo preveía al arbitraje entre estados parte, pudiendo el tribunal extender su jurisdicción a estados no signatarios. Sin embargo, por resolución adoptada en 1960 su Consejo Administrativo amplió el ámbito de dicha jurisdicción para incluir la solución de controversias entre estados y entidades no estatales, tales como empresas privadas, adoptando un Reglamento de Arbitraje y Conciliación para este objetivo. En 1981 se iniciaron los arbitrajes entre Estados Unidos e Irán sobre reclamaciones recíprocas y, en 1989 el arbitraje entre Estados Unidos y el Reino Unido sobre los cargos de servicios en el aeropuerto de Heathrow, todos ellos realizados conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Convención de 1907. Antes de estos dos casos el Tribunal de la Haya había resuelto 25 asuntos, de 1902 a 1970.

²⁰⁰ Fue la primera Conferencia de Paz de La Haya, promovida por el Zar Nicolás II; abarcó de mayo a julio de 1899 y tuvo por objeto limitar los armamentos. Prácticamente no se logró nada pero se propuso la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje, en 1901. Véase supra nota al pie No. 106.

²⁰¹ Las Convenciones de la Haya son resoluciones tomadas por las Conferencias del mismo nombre. Véase supra notas al pie Nos. 46 y 106.

deriva la importancia de la Corte Permanente de Arbitraje.²⁰² Este impulso que se dio al arbitraje, fue aún más marcado con La Conferencia de la Haya de 1907.

México no ha tenido buenas experiencias con este tipo de arbitrajes, pues en la mayoría de los casos en los que ha intervenido ha salido perjudicado; así lo demuestra el caso "del fondo piadoso de las Californias" en 1902, con Estados Unidos de Norteamérica;²⁰³ o el caso "de la isla de Clipperton", también conocida como la isla de la Pasión en 1911, con Francia, en donde el laudo se falló en favor de los países que eran contraparte de México. Por otro lado, tenemos el ejemplo "del Chamizal" en 1880, con Estados Unidos, que aunque fue favorable para México se falló hasta 1911 y como el gobierno estadounidense sostuvo que el árbitro se excedió en sus facultades, no cumplieron el laudo sino hasta 1962 con el entonces presidente *John F. Kennedy*.

El arbitraje de derecho privado, se desarrolla entre sujetos o entidades de derecho privado; es decir, entre particulares. Es importante mencionar que el Estado (incluyendo a sus paraestatales), en virtud de la teoría de la doble personalidad, puede intervenir en este tipo de relaciones siempre y cuando lo haga en su calidad de "*iure gestionis*", o sea, como otro particular. En estos casos, el Estado actúa sin su calidad de soberano, pudiendo celebrar cualquier tipo de contratos y siempre obligándose en las mismas condiciones que los particulares. Generalmente la administración pública paraestatal es la que actúa con esta calidad, por lo que se considera arbitraje privado.²⁰⁴ El arbitraje de derecho privado es más usado en la actualidad que el de derecho público.

3. Arbitraje nacional e internacional.

El arbitraje nacional, se da cuando todos los elementos que constituyen la contienda, como son el objeto del arbitraje, las partes, el derecho sustantivo que regirá, etcétera, son de un mismo país; es decir, la problemática se plantea dentro de un sistema jurídico único. Es difícil establecer una línea totalmente marcada para saber diferenciar entre un arbitraje nacional y otro internacional, ya que debemos observar cada caso concreto para saber si estamos frente a uno o frente al otro.

El arbitraje internacional se da cuando, por el contrario, alguno o algunos de los elementos de la contienda se encuentran relacionados o son regulados por dos o más países. En otras palabras, cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna.²⁰⁵

²⁰² Véase supra notas al pie No. 106, 139 y 140.

²⁰³ Con este arbitraje, México fue el primer país que sometiera un asunto a la Corte Permanente de Arbitraje, fundada en 1899.

²⁰⁴ Julio C. Treviño opina a este respecto, que cuando una de las partes es privada y la otra es un Estado o una entidad pública, el arbitraje puede seguir considerándose como privado y que las partes pueden prever un tipo de arbitraje cuyas reglas respeten el carácter público de una de las partes, con la fórmula de un arbitraje ad-hoc; o puede ser que el arbitraje se conduzca ante instituciones que se especializan en este tipo de casos, como la Corte Permanente de Arbitraje, que acepta conocer cuestiones mercantiles cuando una de las partes tiene carácter público, o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Véase Treviño, Julio C., **Op.cit.** nota al pie No. 126, p. 327 e infra pp._.

²⁰⁵ Al respecto, es conveniente mencionar lo que establece el artículo 1o. de la Ley Modelo creada por la *UNCITRAL* en 1985. "Artículo 1o. Ambito de aplicación:

4. Arbitraje comercial, civil y mixto.

El arbitraje comercial, es aquel que se realiza cuando estamos en presencia de un acto mercantil. Dentro del derecho positivo mexicano, podemos observar lo ya analizado en el capítulo I de esta obra, en donde se hace una breve recopilación de los elementos necesarios para poder determinar la presencia de un acto mercantil, recordando que contamos con un criterio subjetivo y otro objetivo. El artículo 75 del C. Com. menciona de manera enunciativa algunos casos en los cuales estamos en presencia de un acto mercantil; sin embargo, la última fracción de dicho artículo, deja la puerta abierta a más opciones y ahí podría entrar lo establecido por el pie de página de la Ley Modelo en su artículo 1o.²⁰⁶

En la mayoría de los casos, podría resumirse el concepto comercial en una sola palabra: "lucro"; es decir, siempre que nos encontremos con una finalidad de lucro en las operaciones entre los particulares, podríamos suponer que estamos en presencia de materia que podría quedar sujeta al arbitraje comercial.

El arbitraje civil, por simple exclusión, podemos decir que es aquel que no es comercial; es decir, que no tiene relación directa con el tráfico mercantil o no está regido por ordenamientos mercantiles.

El arbitraje mixto, es aquel en el cual para una de las partes el acto en el que intervienen tiene naturaleza comercial y para la otra naturaleza civil. Al respecto, podemos mencionar que si observamos este problema desde un punto de vista nacional, según el artículo 1050 del C. Com. en vigor, se resolvería conforme a las leyes mercantiles, y si lo observamos desde el punto de vista meramente internacional, podemos argumentar que la esencia del derecho mercantil internacional es que éste trate de regular el mayor número de

(i) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier trato multilateral o bilateral vigente en este Estado;

(ii) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado;

(iii) Un arbitraje es internacional si:

(a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes, o;

(b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; (ii) el lugar del cumplimiento de una parte substancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o;

(c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo está relacionado con más de un Estado."

²⁰⁶ Dicho pie de página dice: "Artículo 1o. Ambito de aplicación. 1) La presente ley se aplicará al arbitraje comercial** internacional ...

** Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("*factoring*"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("*leasing*"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otra forma de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera."

operaciones, y esto se confirma según lo establecido en el pie de página del artículo 1o. de la Ley Modelo, antes mencionado. Por lo tanto, podemos incluirlo dentro del arbitraje comercial.

Es de suma importancia determinar frente a qué tipo de materia estamos, pues de esto depende la regulación jurídica aplicable.

5. Arbitraje de origen convencional y de origen legal.

El arbitraje de origen convencional, se da cuando las partes de común acuerdo deciden acudir a este medio para solucionar su controversia, pudiendo expresarlo antes de que surja ésta o con posterioridad. Este tipo de arbitrajes representa la autonomía de la voluntad de las partes en su máxima expresión. En el derecho internacional público, este tipo de arbitraje generó la creación de los pactos bilaterales de arbitraje a principios de siglo, para materias derivadas de un tratado o para cualquier controversia que pudiese surgir entre las partes. En el derecho internacional privado, generó la creación de la "cláusula arbitral" y del "compromiso arbitral", conceptos que trataremos más adelante.²⁰⁷

El arbitraje de origen legal, también conocido como arbitraje oficial, se da cuando determinada legislación invita a las partes a acudir al arbitraje para solucionar el conflicto surgido entre ellas, existiendo por supuesto la posibilidad de no aceptar dicha invitación e ir directamente al proceso judicial. En nuestra legislación interna encontramos varios ejemplos de este tipo de arbitraje, con mención expresa de determinados organismos que actúan como árbitros.²⁰⁸

6. Arbitraje institucional y ad-hoc.

El arbitraje institucional, es aquel que es administrado por una institución arbitral, quien generalmente utiliza sus propias reglas procedimentales expedidas con anterioridad, aunque algunas instituciones aceptan la administración bajo un juego de reglas distinto al elaborado por ellas. También se puede hablar de arbitrajes semi-administrados, pues la mayoría de las instituciones, dentro de la variedad de sus servicios, consideran la

²⁰⁷ Véase infra p. 89.

²⁰⁸ Los ejemplos antes mencionados son los siguientes:

- a. Ley Federal del Trabajo (DOF 1º. de abril de 1970), (Junta de Conciliación y Arbitraje).
- b. Ley Federal de Protección al Consumidor (DOF 24 de diciembre de 1992), (Procuraduría Federal del Consumidor).
- c. Ley del Mercado de Valores (DOF 2 de enero de 1975), (Comisión Nacional Bancaria y de Valores).
- d. Ley de Instituciones de Crédito (DOF 18 de julio de 1990), (Comisión Nacional Bancaria y de Valores).
- e. Ley General de Instituciones de Seguros y Sociedades Mutualistas de Seguros (DOF 31 de agosto de 1935), (Comisión Nacional de Seguros y Fianzas).
- f. Ley Federal de Instituciones de Fianzas (DOF 29 de diciembre de 1950), (Comisión Nacional de Seguros y Fianzas).
- g. Ley Federal del Derecho de Autor (DOF 24 de diciembre de 1996), (Instituto Nacional del Derechos de Autor).
- h. Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (DOF 12 de septiembre de 1996), (Comisión Nacional de Arbitraje Médico.).
- i. Ley de la Comisión Reguladora de Energía (DOF 31 de octubre de 1995), (Comisión Reguladora de Energía).

posibilidad de proveer servicios relativos a algunas etapas en el procedimiento, como sería el caso de la decisión de los árbitros, la celebración de las audiencias, la designación de peritos, entre otros; sin embargo, desde nuestro punto de vista, en estos caso estaríamos en presencia de un arbitraje *ad-hoc* y no de uno institucional.

Este tipo de arbitraje se puede pactar al momento de la celebración del contrato o con posterioridad. Lo recomendable es que se acuerde mediante la "cláusula arbitral",²⁰⁹ como una forma de prever de antemano la forma de solucionar el problema en caso de presentarse. Todas las instituciones arbitrales tienen una cláusula modelo a seguir, que aunque cumplen con un denominador común, podremos encontrar algunas diferencias de forma y redacción. Identificamos a este tipo de cláusulas con los contratos de adhesión o la utilización de los *incoterms*,²¹⁰ ya que las partes, después de haber decidido acudir al arbitraje, mencionan únicamente la institución arbitral que administrará el procedimiento y, automáticamente, se generan consecuencias jurídicas que varían según lo establecido en cada reglamento; en otras palabras, no es necesario transcribir todos la regulación utilizada por la institución arbitral para determinar su aplicación.

Actualmente encontramos gran variedad de instituciones arbitrales ante las cuales se puede llevar este tipo de arbitraje. Entre las instituciones arbitrales más conocidas a nivel nacional e internacional nos encontramos:

Nivel nacional:

- a. El Centro de Arbitraje Mexicano (CAM).
- b. La Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CPACANACO).

Nivel internacional:

- c. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), o *The International Chamber of Commerce (ICC)*.
- d. La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (CLAI), o *The London Court of International Arbitration (LCIA)*.
- e. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA), o *American Arbitration Association (AAA)*.
- f. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), o *Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC)*.
- g. El Centro Internacional para la Solución de Diferencias de Inversión (CISDI), o *The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.
- h. El Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), o *The Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas (CAMCA)*.
- i. El instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), o *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*.
- j. El Centro de Arbitraje de Hong Kong (CAHK), o *The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)*.

²⁰⁹ Véase infra p. 89.

²¹⁰ Véase supra nota al pie No. ____

- k. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapore (CAIS), o *The Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*.

Aunque una breve explicación de la estructura orgánica, servicios prestados y reglas utilizadas por estas instituciones, se menciona mas adelante,²¹¹ por el momento se precisan algunas ventajas y desventajas del arbitraje institucional, las cuales son analizadas igualmente en el capítulo correspondiente a las principales instituciones arbitrales.

Como ventajas del arbitraje institucional podemos mencionar las siguientes: (i) la incorporación automática a un conjunto de reglas; (ii) la experiencia acumulada de la institución en la administración de procedimientos; (iii) las listas de árbitros que están integradas por personas preparadas en diversas materias; (iv) la participación del Secretario del tribunal arbitral que representa un gran apoyo de trabajo a éste; (v) el cuerpo supervisor del procedimiento arbitral y el personal entrenado para administrarlo con que cuenta la institución, y; (vi) la revisión de forma a las decisiones del tribunal arbitral, y en cuanto al fondo, llamar la atención y hacer recomendaciones en posibles errores de derecho.

Dentro de las desventajas que pueden identificarse en el arbitraje institucional, se mencionan, en un primer plano: (i) la tendencia a ser demasiado oneroso por todos los servicios que se prestan; (ii) la posible, aunque escasa burocratización de las instituciones; (iii) la ausencia de control de las partes del arbitraje, y; (iv) en ocasiones, el hecho de que los términos establecidos en las reglas creadas por las instituciones son muy cortos.

El arbitraje ad-hoc, es aquel conducido sin la intervención de alguna institución arbitral que administre el procedimiento. El tribunal arbitral, pudiendo ser un solo árbitro, se encarga de la administración total y directa, aunque en ocasiones y como ya se ha hecho mención, se puede pedir apoyo a alguna institución para determinadas etapas, sin que esto lo convierta como un arbitraje institucional.

Las reglas procesales utilizadas en la solución del conflicto, pueden ser creadas en su totalidad por las partes o pueden adoptar algunas reglas expedidas con anterioridad por algún órgano, o alguna combinación de los dos supuestos antes mencionados. El ejemplo más claro de reglas expedidas por un órgano es el reglamento facultativo de la CNUDMI, el cual es el instrumento básico adoptado por la ONU, y parece ser el instrumento más compatible con los distintos sistemas legales existentes en el mundo. Es recomendable que las partes adopten reglas ya creadas por alguna institución, pues redactar unas reglas para un caso concreto, puede representar la erogación de una gran cantidad de dinero y tiempo perdido y, lo mas importante, correr un riesgo innecesario.

Este tipo de arbitraje requiere de un acuerdo entre las partes que debe incluir todo lo relevante en el procedimiento, como es: la ley que va a ser aplicada al fondo del asunto, las reglas bajo las cuales se va a llevar a cabo el procedimiento, el método para la selección del o los árbitros, el lugar del arbitraje, el idioma que se va a utilizar, la manera de desarrollar la etapa de pruebas y el alcance jurisdiccional de los árbitros, entre otros aspectos. Las partes deben estar muy atentas en la redacción de la cláusula arbitral pues, a diferencia de lo que ocurre en las cláusulas en donde se acuerda la intervención de una institución, aquí no se

²¹¹ Véase infra pp. __

aprovecha la experiencia de una institución ni la viabilidad de sus reglas, las cuales, en la mayoría de los casos, están preparadas para poner solución a cualquier problema surgido.

Esta clase de arbitraje generalmente es adoptada con posterioridad al conflicto, ya que el hecho de que las partes dediquen mucho tiempo en la creación o adaptación de las reglas, se justifica solamente cuando existe la seguridad de que van a ser utilizadas. Se considera la posibilidad de que en la cláusula arbitral, únicamente se establezca el hecho de que las partes se obligan a acudir a un arbitraje de esta naturaleza y asumen el compromiso, en caso de surgir el conflicto, de ponerse de acuerdo en el procedimiento. Esto no es recomendable pues generalmente resulta difícil que las partes, cuando ya surgió el conflicto, tengan una buena relación para ponerse de acuerdo en las normas.

Dentro de las ventajas del arbitraje *ad-hoc*, encontramos principalmente: (i) su flexibilidad; es decir, que la forma de solucionar el conflicto se adapta a la disputa en particular y atiende a todos los deseos de las partes; esto es el resultado de una cooperación entre las partes y principalmente entre sus abogados. Lo anterior nos lleva a concluir que "la principal diferencia entre el arbitraje *ad-hoc* y el institucional, es como la diferencia entre un traje hecho a la medida y uno que es comprado después de hecho".²¹² Es recomendable tratar de adaptar las reglas de alguna institución, modificando únicamente las cláusulas necesarias para el caso concreto, y; (ii) las partes generalmente gastan menos dinero que en el arbitraje institucional y el procedimiento puede ser aún más rápido y accesible que en el arbitraje institucional, pues las audiencias y demás actos del procedimiento pueden llevarse a cabo sin ningún tipo de formalidad salvo lo acordado por las partes.

Como desventajas del arbitraje *ad-hoc* destaca una que igualmente podría ser considerada como ventaja: (i) es el hecho de que las partes y sus abogados realicen o determinen qué reglas se van a aplicar al caso concreto. Se califica como ventaja o desventaja dependiendo de la eficacia y a la experiencia de los abogados en materia de arbitrajes, las cuales en ocasiones son nulas; (ii) por otro lado, pueden surgir problemas de difícil solución, cuando no se cuente con reglas claras, o cuando falte el espíritu de cooperación entre las partes; (iii) otro inconveniente es que las partes o el tribunal arbitral tienen la carga de un trabajo administrativo, que puede ser pesado y costoso, pues no poseen la estructura necesaria al respecto.

Es importante hacer notar que el hecho de hablar de arbitraje institucional o *ad-hoc*, no significa que existe una línea marcada entre los dos, pues como ya indicamos, es posible que se pida la administración del procedimiento arbitral a una institución, adoptando sus reglas con ciertas modificaciones hechas por las partes o que la institución solamente apoye al procedimiento arbitral en algunas cuestiones, cuyo caso mas típico y usado es la designación de los miembros del tribunal arbitral. En estos casos estaríamos en presencia de un arbitraje institucional-*ad-hoc*, aunque debemos evaluar qué tanta participación tiene la institución para, en un momento dado, calificar al arbitraje de una forma o de la otra.

Por último, es necesario saber en qué ocasiones se debe recurrir al arbitraje institucional y en cuáles al *ad-hoc*. Al respecto, debemos hacer notar que la elección no es

²¹² Véase *idem*, p. 9.

fácil. En un mundo ideal, la elección se debería realizar una vez que se presentara la controversia; sin embargo, en este caso las partes únicamente adoptarían el camino que más beneficios personales les representase, sin buscar la solución más justa. Para poder seleccionar qué tipo de arbitraje es el conveniente, se debe tomar en cuenta la naturaleza del asunto, observando diversos aspectos, tales como: qué clase de tribunal se requiere, qué procedimiento se debe seguir y ver si es recomendable que las partes cooperen y tengan la disponibilidad suficiente para hacerlo dentro del proceso de formulación de las reglas que regirán el caso. En la práctica, lo recomendable es que la elección se haga antes de la disputa. Al respecto, *Hope H. Camp, Jr.* afirma que "el arbitraje *ad-hoc* es preferible en la mayoría de los casos, cuando se trata de disputas entre empresarios mexicanos y norteamericanos. En mi experiencia esas relaciones son largas y muy personales."²¹³ Creemos que un elemento fundamental para poder elegir entre uno y el otro, es el análisis de si se trata de una pequeña o mediana empresa la que es parte en el conflicto, caso en el cual se recomienda el *ad-hoc*, por lo costoso que llega a ser el institucional. Al mismo tiempo, si estamos en presencia de un conflicto cuyas partes son empresas que pertenecen a la macro industria, o si el asunto en disputa es muy complejo, o se refiere a grandes cantidades de dinero, entonces debemos acudir al arbitraje institucional.²¹⁴

7. Arbitraje bilateral y multilateral

En el arbitraje bilateral, como su nombre lo indica, intervienen dos partes en el conflicto. Es importante mencionar que cada parte puede estar formada a su vez por varias personas, ya sean físicas o morales, independientemente de que se trate de un consorcio o simplemente porque tienen los mismos intereses en la solución del conflicto.

En el arbitraje multilateral, por el contrario, participan mas de dos partes y quizás mas de dos controversias. Existen muchas situaciones que pueden encuadrar en estas hipótesis.²¹⁵

²¹³ Véase *idem*, p. 8.

²¹⁴ Según Stephen R. Bond, las estadísticas demuestran que durante el año de 1987, de 237 casos sujetos a la CCI, solamente cuatro tenían su origen en un "compromiso arbitral" y los restantes 233 casos surgieron de la "cláusula arbitral", es decir, la mayoría contempló la forma de solucionar la controversia desde el momento de la celebración del contrato. Véase *infra* p. 89.

²¹⁵ Algunos ejemplos de estas situaciones planteadas por la CNUDMI, son los siguientes:

1. Un asunto en el que solo un arbitraje deba decidir más de una controversia entre diferentes partes contrarias. Por ejemplo, en un contrato de construcción puede recurrirse al arbitraje para decidir acerca de dos controversias surgidas como consecuencia del mismo defecto de construcción, una entre el comprador y el contratista y otra entre el comprador y el arquitecto; en otro ejemplo, la venta de mercancías de A a B y la reventa de esas mercancías a C puede originar un solo arbitraje para decidir la controversia entre A y B y la controversia entre B y C, cuando ambas controversias son consecuencia del mismo defecto de las mercancías.

2. El arbitraje en que la controversia se plantee entre las partes A y B pero en el que una tercera parte, C, que tiene un interés en el resultado de la controversia, recibe la autorización de incorporarse a las actuaciones para presentar pruebas y formular declaraciones. Una situación de esta clase puede surgir por ejemplo en un arbitraje entre el comprador A y el vendedor B como consecuencia de defectos de las mercancías, en cuyo caso la responsabilidad de la parte C (que vendió las mercancías a la parte B) podrá depender de que el tribunal arbitral llegue a la conclusión de que las mercancías son defectuosas. Estos casos se conocen a veces como "asociación de acciones", o "tercerías".

3. Un contrato multilateral (por ejemplo, una empresa mixta o un consorcio) puede originar una controversia en la que por cada parte estén implicada una o más partes. Véase Documento A/CN.9/378/Add.2, **Op.cit.** nota al pie No. 188, p. 14.

El beneficio de acumular varias controversias en el momento de buscar su solución, principalmente sería evitar decisiones incoherentes, posibilidad que puede ocurrir cuando controversias relacionadas entre sí son objeto de arbitrajes separados. Otra ventaja es el ahorro de tiempo y dinero (v. gr. cuando pruebas y argumentaciones pertinentes en mas de una controversia se examinan una sola vez para todas las controversias).

Lo práctica ha demostrado que las situaciones en donde intervienen varias partes puede llevar a ciertas complicaciones en el procedimiento, mismas que requieren ser tratadas con profundidad y delicadeza. Los problemas pueden surgir desde la redacción de la cláusula arbitral, pasando por todo el desarrollo del procedimiento arbitral, hasta la ejecución del laudo arbitral. Al igual que otros temas, el arbitraje multilateral amerita una investigación por separado; sin embargo, nuestro propósito es dejar claro que la comunidad internacional ha estado trabajando en la regulación jurídica de este tipo de arbitraje y que en un futuro se verán incrementados los procedimientos en donde intervengan mas de dos partes.²¹⁶

De manera particular puede verse el trabajo que al respecto ha hecho la CNUDMI al respecto en el 26º y 29º períodos de sesiones. Esta Comisión ha pensado que algunos de los problemas que pueden surgir en estos arbitrajes son:

1. La dificultad de que las partes se pongan de acuerdo en el acuerdo arbitral y en la audiencia previa. Y más aún cuando se trata de realizar el acuerdo arbitral una vez surgida la controversia; es decir, que se pretenda elaborar un compromiso arbitral. Uno de los motivos de esta dificultad de ponerse de acuerdo puede deberse a que una parte no permita que una persona que no es parte en el contrato objeto de la controversia tenga acceso a hechos relativos a dicho contrato.²¹⁷
2. Que los acuerdos de arbitraje aplicables a las diferentes controversias prevean métodos diferentes de nombramiento de árbitros. Los intereses pueden variar en la medida de que cada parte desee nombrar a un árbitro (estas circunstancias obstaculizan el nombramiento de los tribunales arbitrales de uno o tres miembros).

La solución a estos problemas abarca: (i) la elaboración de una cláusula de arbitraje multilateral; (ii) la determinación en el método de creación del tribunal arbitral (una solución parcial sería otorgar el nombramiento de los miembros que integran dicho tribunal a una autoridad o a una institución arbitral); (iii) la elaboración de una guía que explique las características, ventajas e inconvenientes del arbitraje multilateral; (iv) la promoción de la audiencia previa para solución de diversos aspectos que surjan después de la instalación del tribunal arbitral; (v) la elaboración de una guía o disposiciones reglamentarias en materia de acumulación de acciones ordenada por los tribunales, así como; (vi) la promulgación de la

²¹⁶ Para mayor información respecto a estos arbitrajes multilaterales o (*Multy-Parties*), véase Redfern, Alan y Martin Hunter, Op.cit. nota al pie No. 118, pp. 184

²¹⁷ Por ejemplo, un vendedor de mercancías quizá no desee que el productor de las mismas participe en una controversia con el comprador final, o el contratista principal puede preferir no implicar a un subcontratista en una controversia con el comprador de obras industriales. Véase Documento A/CN.9/378/Add.2, **Op.cit.** nota al pie No. 188, p. 15.

modificación a las legislaciones arbitrales domésticas de los países que intervengan en este tipo de arbitrajes.²¹⁸

Como hemos mencionado, la CNUDMI²¹⁹ ha trabajado en este tema y ha tomado en cuenta todo lo ya hecho al respecto por la CCI, que como es de esperarse de esa institución, será trascendente en la legislación del arbitraje multilateral.²²⁰

Para terminar con esta parte del capítulo, debemos indicar que se pueden hacer combinaciones de los distintos tipos de arbitraje que aquí señalamos, y para ubicarnos en el tema de este trabajo, tenemos que reunir los elementos del arbitraje de origen convencional, privado, comercial e internacional, pudiendo ser en equidad o en derecho, ad-hoc o institucional y bilateral o multilateral.

2.5. LAS PARTES EN EL ARBITRAJE.

Los sujetos que pueden participar en un arbitraje privado comercial internacional, son aquellos que tengan facultad suficiente para suscribir el acuerdo arbitral y seguir con todo el procedimiento hasta la obtención del laudo y el reconocimiento y ejecución del mismo. Así, de conformidad con el Dr. Siqueiros, existen tres tipos de situaciones que pueden ser de relevante interés:²²¹

- a) Arbitrajes entre estados, respecto de negocios jurídicos internacionales cuyo objeto es de naturaleza privada.
- b) Arbitrajes entre un estado y un agente económico (nacional de otro Estado) respecto de los mismos negocios.

²¹⁸ En un escaso número de jurisdicciones se ha intentado superar algunas dificultades, permitiendo que una parte que considere que dos o más asuntos deban tratarse en un solo procedimiento, obtenga una orden judicial de reunión de todos los asuntos en un solo arbitraje multilateral. Tal es el caso de los Países Bajos, Hong Kong y el Estado de California en los EUA. En algunas jurisdicciones de los EUA se ha reconocido esa facultad de los tribunales en la jurisprudencia. En Australia y Canadá se han aprobado leyes que facultan a los tribunales a ordenar esa acumulación de acciones, pero solo si todas las partes han convenido en ello. En otros países como en Inglaterra, por el contrario, un comité consultivo de reformas legislativas opinó en contrario a esta facultad de los tribunales. Véase *idem*, p. 16.

²¹⁹ Véase lo relativo a los arbitrajes multilaterales en las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, *infra* pp. __

²²⁰ Durante varios años un grupo de trabajo de la CCI (establecido por la Comisión sobre Arbitraje Internacional de esa institución) ha estado trabajando en lo que respecta al arbitraje multilateral. Según dicho grupo de trabajo, uno de sus objetivos ha sido ampliar la guía de arbitraje multilateral regida por el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la CCI que esta institución aprobó en 1981 (Documento de la CCI No. 420/297, de 28 de abril de 1987); la Guía de la CCI se publicó en el folleto de la CCI No. 404, de 1982. En 1986, el grupo de trabajo presentó a la Comisión sobre Arbitraje Internacional de la CCI un proyecto de directrices y de cláusula sobre el arbitraje multilateral de la CCI (Documento de la CCI No. 420/276, de 30 de enero de 1986, anexos I y II). Las directrices y la cláusula no se han aprobado porque ha habido reacciones en contra de los Comités Nacionales de la CCI (documento de la CCI No. 420/282, de 1o. de julio de 1986). El grupo de trabajo de la CCI prosigue su labor sobre el proyecto. Véase *idem*, p. 17.

²²¹ Siqueiros, José Luis, *Op.cit.* nota al pie No. 131, p. 6

- c) Arbitrajes entre agentes económicos (de diversos Estados) entre sí, respecto de los mismos negocios.

Como se deriva de lo anterior, podemos dividir en dos sectores a los participantes en arbitrajes comerciales internacionales: los agentes económicos y los estados.

En cuanto a los agentes económicos, éstos deben ser entendidos como personas físicas o jurídicas - incluyendo a las grandes empresas transnacionales y consorcios internacionales,²²² cuya nacionalidad es de gran trascendencia pues puede ser un elemento decisivo para saber si estamos frente a un arbitraje nacional o internacional.²²³ En general, no encontramos disposición alguna en las legislaciones internas de los países que utilizan este mecanismo, que limiten la esfera de los particulares, siempre y cuando dichas personas sean hábiles para contratar y obligarse, o que las leyes no les prohíban expresamente la profesión del comercio. En la legislación mexicana, dicho precepto se encuentra contenido en el artículo 5o. del C. Com. Debe destacarse igualmente la prohibición de ejercer el comercio, mencionada en el artículo 12 de dicho ordenamiento legal, o sea: a los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión. En general, las leyes mexicanas, siguiendo a las europeas, más que excluir a los sujetos lo hacen respecto a las materias.²²⁴

Los representantes de las empresas que firmen un acuerdo arbitral o las personas que por algún motivo tengan que representar a personas físicas interesadas en utilizar el arbitraje como método para solucionar sus controversias, deben contar con facultades suficientes para hacerlo. Nuestra opinión es que se cumple con dicho requisito si se otorga un poder especial cuyo objeto sea precisamente la firma del acuerdo arbitral y continuar con todo el procedimiento hasta el laudo; o un poder general para pleitos y cobranzas, siempre y cuando se diga que se otorga con todas las facultades generales y la especial relativa a la facultad de comprometer en árbitros, tal como lo indican los artículos 2554 y 2587 fracción III del código civil; finalmente el poder general para actos de dominio abarcaría las facultades suficientes.²²⁵

En lo relativo a la participación de los estados, y de acuerdo con la teoría de la doble personalidad del Estado, éste puede actuar en su calidad de soberano - *iure imperii* - o en su

²²² No deben confundirse estas empresas con las personas del derecho internacional, pues carecen de *ius standi* ante los tribunales internacionales, incluso los de arbitraje. Véase supra nota al pie No. 16.

²²³ La mayoría de las legislaciones establecen que las personas jurídicas o morales tendrán la nacionalidad del Estado bajo cuyas leyes se constituyen y establecen su domicilio social en él, como es el caso de la legislación mexicana, véase art. 8 de la Ley de Nacionalidad, publicada en el DOF 23 enero de 1998, que entró en vigor el 20 de marzo del mismo año. Sin embargo, algunos tratados internacionales de carácter bilateral o multilateral, suscritos en materia de inversión extranjera directa, reconocen como nacionales a las empresas extranjeras cuyo capital social esté dominado por inversionistas individuales del Estado de origen, no obstante que la sociedad se haya constituido conforme a las leyes del Estado receptor y mantenga ahí su domicilio social.

²²⁴ Véase supra nota al pie No. 95.

²²⁵ Es discutible si el poder general para actos de administración es suficiente para comprometer en árbitros, pues se argumenta que “quien puede lo mas puede lo menos”. Nuestra opinión es que, por tratarse de una facultad que debe ser conferida expresamente en el poder general para pleitos y cobranzas, no encuadraría en el principio antes transcrito, por lo que no sería suficiente el poder para actos de administración, sino se aclara la facultad para comprometer en árbitros.

calidad de particular - *iure gestionis* - en donde renuncia a su inmunidad soberana colocándose al mismo nivel que los particulares a quienes gobierna;²²⁶ es decir, el Estado tiene la capacidad no sólo de ser rector de la economía, sino incluso, agente. En ambos casos puede someterse a arbitraje, sin embargo, en el primero estaríamos en presencia de un arbitraje público y en el segundo de un arbitraje privado.²²⁷

Es necesario separar los actos del Estado cuando éste actúa en su calidad de soberano, de aquellos actos en los que actúa en su calidad de no soberano; es decir, como particular, ya que la naturaleza del acto determina su calidad de actuación. "Cabe, entonces, concluir que lo absolutamente excluido del arbitraje privado son los actos administrativos, y que cuando los órganos públicos contratan mercantilmente,²²⁸ existe una gran posibilidad de llevar los conflictos jurídicos al arbitraje privado, tanto nacional como extranjero."²²⁹ Entonces, debemos entender el acto mercantil en el que participa el Estado *vis a vis* el acto administrativo.²³⁰

En el caso de un acto comercial, el Estado, ya sea directamente o a través de alguno de sus órganos, puede comprometerse a resolver la controversia mediante el arbitraje. Las

²²⁶ La opinión generalizada de la doctrina y la jurisprudencia internacional, es que el Estado pueda renunciar a su inmunidad soberana cuando acuerde por escrito, ya sea en cláusula compromisoria o en compromiso expreso, someter una controversia al arbitraje privado. Existen trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a este respecto. Véase Informe de la Comisión en su XLIII Periodo de Sesiones, 29 de abril a 11 de julio de 1991. Asamblea General, Doc. of. Supl. N.10 (4/46/10 ONU, Nueva York, 1991.

²²⁷ Véase *infra* pp. ____

²²⁸ Es importante mencionar lo que comenta Rogelio López Velarde, en el sentido de que cuando el Estado actúa sin la calidad de soberano en las operaciones mercantiles (*iure gestionis*, *vis a vis*, *iure imperii*), se aplica la excepción a la inmunidad soberana. Lo anterior es razonable, ya que en estos casos, el Estado está contratando con los particulares como si fuera otro de ellos; en consecuencia toda la relación mercantil debe estar regida bajo un plano de extrema igualdad. López Velarde continúa opinando, que en el caso de haber un compromiso arbitral convenido por algún gobierno extranjero, o por alguna de sus entidades paraestatales, antes o después de que haya surgido la controversia, es una de las tantas formas concebidas por el derecho norteamericano, por medio de la cual se considera que se ha renunciado implícitamente a la inmunidad soberana. Véase López Velarde, Rogelio, "*Algunas Consideraciones en Materia de Inmunidad Soberana a la Luz del Derecho Positivo Norteamericano*", "**Jurídica** 21", Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1992, p. 311.

²²⁹ Véase *idem*, p. 30.

²³⁰ El acto administrativo es el acto que realiza la autoridad administrativa que expresa su voluntad creando situaciones jurídicas individuales, a través de las cuales trata de satisfacer las necesidades de la colectividad o la comunidad. Serra Rojas define el acto administrativo como: "una declaración de voluntad de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general." A veces, las autoridades legislativas o las judiciales realizan también el acto administrativo, cumpliendo funciones de autoridad administrativa. Prevalece en la doctrina del derecho administrativo, la distinción formal o subjetiva y material u objetiva del concepto del acto administrativo. En sentido formal, acto administrativo es todo acto del Poder Ejecutivo, que es el órgano administrativo del Estado. En sentido material, es el acto del Estado, intrínsecamente administrativo, sin importar que el órgano estatal que lo realice sea el legislativo, el judicial o el administrativo. Es importante mencionar que la legalidad del acto administrativo proviene de la potestad que tiene la autoridad en la ley; es decir, "principio de legalidad". Véase art. 16 constitucional, Serra Rojas, Andrés, "**Derecho Administrativo**", Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979. y Fraga, Gabino, **Op.cit.** nota al pie No. 15.

instituciones gubernamentales mexicanas que principalmente intervienen en operaciones comerciales que pueden ser sujetas a arbitrajes privados comerciales internacionales son: Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, el Banco de México, Teléfonos de México (actualmente privatizada) y Nacional Financiera, en general empresas y fideicomisos del sector paraestatal.

En todos los casos deberá respetarse el principio de legalidad considerado por nuestro sistema jurídico, pues cualquier entidad del gobierno deberá tener autorización de ley que le permita sujetar sus controversias a árbitros, cuestión que ha ido cambiando recientemente, pues antes sólo se preveía la posibilidad de acudir a tribunales estatales. Dentro de las modificaciones más representativas tenemos el caso de los sectores eléctrico y petrolero mexicanos, cuyos ordenamientos orgánicos constituían, antes de su reforma, un obstáculo para utilizar el arbitraje privado comercial internacional. Afortunadamente para la evolución de Petróleos Mexicanos (PEMEX) o de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), el obstáculo ha sido derribado.²³¹

Como una excepción a lo anteriormente expresado, con relación a la limitación del Estado para participar en arbitrajes privados, cuando cuenta con su calidad de soberano, y compartiendo lo dicho por José Luis Siqueiros, “debemos aclarar que el arbitraje de Estados soberanos, entre sí, en negocios de naturaleza privada, sólo se presenta en el derecho convencional; es decir, como resultado de su sometimiento a tal procedimiento en un convenio bilateral o multilateral. Este tipo de convenios internacionales se pactan entre los Estados con el propósito de estimular y conceder protección recíproca a las inversiones que hacen los nacionales de un Estado contratante en el territorio del otro; asimismo, cuando los Estados son parte de acuerdos multilaterales en materia de comercio internacional.”²³²

De estos tratados de inversión,²³³ se pueden derivar dos clases de controversias; la primera de ellas se plantea *vis a vis* entre los estados contratantes en lo concerniente a la interpretación y aplicación del documento internacional y, la segunda clase, surge entre una de las partes contratantes y un nacional de la otra parte, con respecto a una inversión, que generalmente es directa.

Resaltamos nuevamente que la situación antes planteada podría considerarse como la excepción que confirma la regla de la teoría de la doble personalidad del Estado, ya que el Estado, sin perder su calidad de soberano, interviene en arbitrajes – utilizando generalmente el Reglamento facultativo de la UNCITRAL - respecto a negocios de naturaleza privada; sin embargo, nuestra opinión es que el negocio de naturaleza privada es en sí el cumplimiento de una obligación derivada de un convenio bilateral o multilateral en

²³¹ Véase *infra* pp. ____

²³² Véase **Op.Cit.** nota al pie No. 131, pp. 14.

²³³ De conformidad con el *Scoreboard of the Institute for Transnational Arbitration*, al 1º. de octubre de 1991, Estados Unidos de América ha celebrado 110 acuerdos de incentivo a la inversión con diversos países del mundo. Estos acuerdos son el resultado de un programa del gobierno estadounidense para asegurar a los inversionistas de ese país contra pérdidas que pueden sufrir por riesgos de carácter político, es decir, un seguro contra riesgos no comerciales. Desde 1971 este programa ha sido administrado por la *Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, cuyos antecedentes se remontan al Plan *Marshall*. Véase lo relativo a la MIGA *infra* nota al pie No. ____.

donde el Estado solamente puede actuar como soberano, por lo que el cumplimiento de todo lo acordado lo realizará como tal.

En el caso de asuntos comerciales entre un Estado, que actúa como soberano y agentes económicos de otro Estado, como es el caso de las inversiones extranjeras, podría pensarse en cierta desigualdad entre los sujetos interesados, idea ésta que llevó al surgimiento la famosa doctrina Calvo, redactándose al efecto la “Cláusula Calvo”, propuesta por los países latinoamericanos contra la institución de la protección diplomática, de conformidad con la cual se negaba a los nacionales de otros países el derecho y privilegios especiales, y subrayaba que las controversias relativas a las reclamaciones de esos nacionales extranjeros contra los estados anfitriones debían dirimirse exclusivamente de conformidad con la legislación de estos últimos y en sus tribunales. Asimismo, esta doctrina abarcaba el rechazo de cualquier derecho del Estado del inversionista a ejercer la protección diplomática mediante la adhesión a las reclamaciones de su nacional contra el Estado receptor, a menos que este último conviniera en que la diferencia entre los estados involucrados fuera sometida a decisión judicial o arbitraje internacional. En la actualidad todavía encontramos la famosa Cláusula Calvo inserta en algunas constituciones latinoamericanas, como es el caso de la mexicana.²³⁴

Continuando con la opinión de José Luis Siqueiros, de la doctrina Calvo se deducen tres interpretaciones o vertientes: (i) el Estado no otorgará a los inversionistas extranjeros un trato más favorable que aquel que corresponde a los nacionales; (ii) el extranjero no invocará la protección diplomática de sus gobiernos respecto de la adquisición o inversión que haga en el país receptor, bajo la sanción (en caso de hacer uso de este recurso) que el Estado receptor le impone; (iii) el extranjero deberá agotar todos los recursos locales al amparo de la legislación interna, sujetándose a los fallos de los tribunales y autoridades del país; sólo podrá apelar a la vía diplomática o instancias internacionales en caso de denegación de justicia (o retardo notoriamente malicioso y voluntario en su administración).

Por su parte, los gobiernos de los países desarrollados cuyos nacionales encuentran muy atractiva la inversión en países en vías de desarrollo, hicieron uso frecuente de la protección diplomática en respaldo de sus nacionales, yendo en contra de la doctrina Calvo, materializada en el uso de la fuerza o de presiones políticas que conducían a la creación de Comisiones Mixtas de Reclamaciones o de convenios bilaterales que permitían a sus ciudadanos exigir reparaciones con acceso a una jurisdicción de carácter internacional, lo cual conlleva a una desigualdad entre los particulares que no debería existir en el comercio internacional.

Cada vez con mayor fuerza, las instituciones arbitrales se ocupan de estos asuntos internacionales, con la finalidad de evitar conflictos de carácter político entre los estados involucrados, inclusive, existiendo instituciones arbitrales especializadas únicamente en este tipo de arbitrajes, siendo la mas famosa la ICSID, haciendo gran mancuerna con la MIGA.²³⁵

²³⁴ Artículo 27, párrafo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²³⁵ Véase infra pp. ____

2.6. MATERIAS ARBITRABLES.

De suma importancia es determinar aquellas materias que pueden ser resueltas mediante el uso del recomendado mecanismo del arbitraje privado. En cuanto al arbitraje público, por abarcar otra extensión, no se hará referencia alguna en esta parte del trabajo. La materia arbitrable varía según la legislación interna de cada país, ya que lo que puede ser considerado arbitrable en alguna legislación podría ser ubicado dentro de la lista de lo no arbitrable en otra. Existen varios factores que pueden intervenir en la determinación de estas materias, pero principalmente la tradición jurídica de cada país y el sentido proteccionista del estado en algunas partes es lo que ha servido como marco regulatorio.

Como regla general podemos decir que lo que pertenece al derecho público no es arbitrable para efectos del arbitraje privado. Como mero recordatorio y de acuerdo con el sistema jurídico mexicano, el derecho público se encuentra integrado por: derecho administrativo, derecho internacional público, derecho penal, derecho constitucional, derecho laboral, derecho fiscal, así como por otras ramas que derivan de las indicadas. En consecuencia, el arbitraje privado se puede utilizar únicamente en dos ramas: derecho comercial y derecho civil, las cuales se reflejan a nivel internacional mediante la rama del derecho internacional privado.²³⁶ En derecho civil existen varias limitaciones y en la materia de comercio no tenemos limitaciones pues de acuerdo con el art. 1051 del C. Com., el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional.

Cuando una disputa envuelve intereses públicos, como el caso de la comisión de un delito, estamos claramente frente a una materia no arbitrable. Igualmente sucede en el caso de monopolios, protección al consumidor, cuestiones ambientales, precios controlados, licencias de antitrust. En algunos casos están envueltos negocios comerciales y no por eso se deduce que la materia sea arbitrable.

Por otro lado, y como otra manera de determinar la materia sobre la cual se puede efectuar el arbitraje, se concluye que son aquellos derechos sobre los cuales las partes pueden transigir, pues solamente afectan sus intereses y a nadie perjudican las decisiones que se tomen sobre ellos. En otras palabras, el arbitraje es una figura que se puede utilizar en negocios en donde “sólo” intervienen las interesadas. Uno de sus fundamentos es el principio jurídico de reconocimiento universal de “quien puede lo mas puede lo menos”; es decir, cuentan con la libre disposición de sus derechos inclusive hasta el rechazo de los mismos.

A pesar de los dos lineamientos mencionados anteriormente, es muy difícil determinar a ciencia cierta cuáles son y cuáles no son las materias permitidas para utilizar este medio. Al respecto, encontramos dos soluciones, la primera que sería hacer una lista de materias susceptibles al arbitraje, o la segunda, a la inversa, que sería definir las

²³⁶ La división de las normas jurídicas en las dos grandes ramas del derecho privado y el derecho público es obra de los juristas romanos. La doctrina clásica hállase sintetizada en la conocida sentencia del jurisconsulto Ulpiano: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.*” Derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares. Véase García Maynes Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, México, 1964, pp. 131.

excepciones a una regla general. Por el momento, debemos analizar cada caso concreto para determinar si estamos en presencia de un problema sujeto a arbitraje, aunque todo aquello “negociable o sujeto a transacción” es un buen parámetro para decidir.

En el derecho positivo mexicano, de acuerdo con lo que señala Humberto Briseño, encontramos limitaciones en la materia civil. El Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de que las partes celebren un contrato de transacción para resolver una controversia presente o prevenir una futura.²³⁷ Asimismo Briseño precisa los casos en que no es posible utilizar el arbitraje, tales como: sobre el estado civil de las personas, la validez del matrimonio, pero sí será factible utilizarlo sobre los derechos pecuniarios. No cabe tampoco el arbitraje sobre alimentos futuros, pero sí sobre las cantidades ya adeudadas. Fuera de estas estipulaciones directas, la ley declara nulo el arbitraje que verse: (i) sobre delitos, dolo y culpa futuros; (ii) sobre la pretensión civil que nazca de un delito; (iii) sobre sucesión futura; (iv) sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hubiere, y; (v) sobre el derecho a recibir alimentos.²³⁸

2.7. EL ACUERDO ARBITRAL.

El acuerdo arbitral es la base que soporta la estructura del arbitraje y es un convenio en toda la extensión de la palabra.²³⁹ Este convenio tiene como finalidad que las partes consientan y expresen su voluntad de resolver la controversia utilizando este medio universalmente conocido y recomendable.

La legislación internacional y las nacionales de la mayoría de los países que intervienen en el arbitraje comercial internacional, reconocen que el acuerdo arbitral debe contar con tres requisitos básicos: (i) que sea por escrito; (ii) que la materia del conflicto sea susceptible de arbitraje,²⁴⁰ y; (iii) el acuerdo debe ser válido y ejecutable, como debe ser el laudo que pone fin al procedimiento.²⁴¹ Para determinar la validez se debe analizar la capacidad de las partes y el hecho de que no esté en contra de principios de orden público.

Es importante mencionar que la legislación mexicana, en el artículo 1051 del C. Com., considera la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias mediante este tipo de compromiso; sin embargo, no profundizaremos en legislación interna pues es tema de un capítulo posterior.²⁴²

Dos son los efectos importantes del acuerdo arbitral:

1. Los jueces que reciben algún asunto en donde las partes hayan celebrado este acuerdo, deberán desistirse sin tener competencia para oírlo.²⁴³ El juez solo podrá

²³⁷ “Art. 2944 del C. Civil. La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.”

²³⁸ Véase Art. 2950 del C. Civil y Briseño Sierra, Humberto, **Op.cit.** nota al pie No. 93, p. 31.

²³⁹ Véase infra pp. ____

²⁴⁰ Véase supra pp. ____

²⁴¹ Véase infra pp. ____ (convención de NY)

²⁴² Véase infra pp. ____

tener competencia si se declara inexistente o nulo el acuerdo arbitral.²⁴⁴ El momento procesal de solicitar la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral es al contestar la demanda, si se solicita ante el tribunal arbitral o en cualquier momento si se solicita al juez competente, siempre y cuando no se pueda concluir que ha aceptado el procedimiento arbitral.

2. El acuerdo arbitral obliga a las partes a resolver la controversia mediante arbitraje, de conformidad con los términos del acuerdo y no pueden, de manera unilateral, cambiar ni este efecto, ni cualquier otro (*pacta sunt servanda*). Al respecto, nuestra opinión es que en Latinoamérica, quizás por ignorancia del tema, las partes en ocasiones no le dan la importancia a esta consecuencia del acuerdo arbitral, aunque sea un efecto obvio para los conocedores del tema. En efecto, en muchas ocasiones los abogados mexicanos y en general los latinoamericanos, por no tener contacto directo con este mecanismo, se preocupan por la negociación del resto de la cláusulas del contrato, objeto futuro de la controversia, y no se preocupan del acuerdo arbitral. En ocasiones ni se preocupan por considerar el arbitraje y prefieren utilizar métodos tradicionales “mas vale malo por conocido que bueno por conocer”. Definitivamente esta idea debe cambiar lo antes posible.

La característica fundamental del arbitraje es su naturaleza consensual; es decir, nace de la voluntad de las partes, la cual debe ser exteriorizada para tener efectividad. Dicha exteriorización, de acuerdo con varios autores, entre ellos Humberto Briseño Sierra,²⁴⁵ puede darse de varias formas. En otras palabras, el acuerdo arbitral puede presentarse en las siguientes modalidades:

1. La cláusula arbitral.
2. El compromiso arbitral.
3. El convenio arbitral.

La cláusula arbitral se pacta antes de que surja la controversia. Este medio también es conocido como "arbitraje profiláctico" o "cláusula compromisoria". Expresa la voluntad de las partes para someter al arbitraje las controversias futuras que puedan suscitarse con motivo del contrato, en el cual está incluida tal cláusula. Dicha cláusula debe contener los elementos necesarios para poder resolver la controversia, como son entre otros: si se trata de un arbitraje institucional o ad-hoc (generalmente se establece el arbitraje institucional), la sede del arbitraje, el idioma o idiomas a utilizar, las reglas sustantivas aplicables y adjetivas si se trata del arbitraje ad-hoc.

El compromiso arbitral es el acuerdo pactado entre las partes una vez que ha surgido la controversia entre ellos; es decir, es un convenio que comienza por indicar cuál es la controversia cuya solución será objeto del arbitraje, precisando asimismo: las partes que

²⁴³ En el sistema del Common Law esta figura se denomina “Stay a proceeding.” Véase supra nota al pie No. 124.

²⁴⁴ Como en cualquier acto contractual, de suma relevancia son los elementos de existencia y de validez contemplados por los artículos 1794 y 1795 de nuestro código civil.

²⁴⁵ Briseño Sierra, Humberto, **Op. cit.** nota al pie No. 93, p. 27.

intervienen, si se trata de un arbitraje institucional o ad-hoc, las reglas sustantivas y de procedimiento, el o las personas que integrarán el tribunal arbitral para la atención del asunto y en su caso, la forma de su designación y la facultad que se les otorga, entre otras cuestiones. En general, es un acuerdo de voluntades como el anterior pero se formula de manera más detallada.

El convenio arbitral, es reconocido por pocos autores, entre ellos Humberto Briseño Sierra,²⁴⁶ quien lo identifica como aquel acuerdo posterior al surgimiento del problema objeto del litigio, pero a diferencia del compromiso arbitral, se celebra por un medio distinto, ya que puede estar contenido en un simple canje de cartas, telegramas, telex o inclusive facsímil o cualquier otro medio similar. El convenio arbitral, surge de tratados internacionales, como es el caso del artículo II de la Convención de Nueva York.²⁴⁷

Aunque el artículo antes mencionado no considera otros medios por los cuales se puede llevar a cabo el convenio arbitral, como es el caso del facsímil y el intercambio electrónico de correo (*e-mail*),²⁴⁸ no debemos interpretar su exclusión, pues hay que recordar que dicha Convención se suscribió en el año de 1958.

Por su parte, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, creada por la CNUDMI,²⁴⁹ establece en su artículo 7o., la manera en que se puede expresar la voluntad de someterse al arbitraje.²⁵⁰

El acuerdo arbitral tiene plena autonomía. Es decir, si se declarara la nulidad del contrato objeto de la contienda en nada afectaría la validez del acuerdo, igualmente si se declara la nulidad del acuerdo, en nada afecta la validez del contrato celebrado entre las partes. Al hablar de la autonomía del acuerdo arbitral, no encontramos ninguna diferencia si éste se encuentra contemplado en una cláusula arbitral, un compromiso arbitral o en un convenio arbitral.

²⁴⁶ Véase *idem*, pp. 28.

²⁴⁷ Véase Art. II, *infra* nota al pie No. 199.

²⁴⁸ En la actualidad no se encuentra regulado en el derecho mexicano el trato que debe darse a los acuerdos hechos mediante intercambio electrónico de correos. En el sistema del *common law* la situación no es clara en el sentido de considerar este medio como un medio "instantáneo" y pueden existir argumentos en ambos sentidos. Para el caso de intercambio de telex y fax véase el caso: *Entores Ltd. V. Miles Far East Corpn* (1955) 2Q.B. 327; (1955) 3 W.L.R. 48; (1955) 2 All E.R. 493; (1955) 1 Lloyd's Rep. 511 (C.A.)

²⁴⁹ Véase *infra* p.129.

²⁵⁰ El artículo séptimo de dicha Ley Modelo establece lo siguiente:

"Artículo 7o. Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea firmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato."

Rogelio López Velarde considera que "en cuanto a la cláusula compromisoria, la jurisprudencia se ha encargado de establecer de una manera general, y así lo prevén las reglas de procedimiento de las distintas instituciones privadas que atienden al arbitraje, que corresponde al árbitro resolver sobre la validez de la cláusula, independientemente de los vicios que pudieren encontrarse en el contrato."²⁵¹

2.8. LOS ELEMENTOS DE LA CLAUSULA ARBITRAL.

Frederic Eisemann considera que "la cláusula arbitral no debe ser complicada ni larga, mientras más clara y corta sea denotará mayor efectividad; la ambigüedad es el peor enemigo y se traduce en el gasto de tiempo y de dinero."²⁵² De ahí la necesidad de crear una cláusula que se adecúe al caso concreto y que sea lo más clara posible, siendo más importante la claridad que la elocuencia. Sin embargo, consideramos que debemos tomar en cuenta el tipo de arbitraje de que se trata, pues si estamos en presencia de un arbitraje institucional, es posible que la cláusula sea corta y completa, pero si estamos frente a un arbitraje ad-hoc, generalmente la cláusula debe abarcar demasiados aspectos y, por consiguiente, es casi imposible que ésta sea breve.

Para convenir una cláusula efectiva, debemos observar los siguientes elementos e integrarlos a su texto:

- a. Hacer la elección entre el arbitraje *ad-hoc* o institucional.

De acuerdo con la opinión de *Stephen R. Bond*, en el arbitraje internacional la cláusula arbitral debe considerar la administración de una institución arbitral para resolver el conflicto, ya que se paga un cargo por la administración (en ocasiones sumamente elevado para algunas empresas), pero se obtiene una buena labor, resultado de la experiencia y la especialidad de la institución.²⁵³ Sin embargo, como ya mencionamos con anterioridad, los dos tipos de arbitraje tienen beneficios, siempre y cuando se conduzcan en buena forma.

- b. Utilizar el patrón o modelo de la cláusula arbitral utilizada en la institución ante la cual se llevará el asunto.

La elaboración de tales modelos ha sido el resultado de una gran labor por parte de las instituciones arbitrales, tomando siempre en cuenta la adecuación del texto correspondiente a las normas que rigen a cada institución.²⁵⁴ Sin embargo, el hecho de no utilizar el modelo propuesto por una determinada institución, no excluye la posibilidad de

²⁵¹ Véase López Velarde, Rogelio, **Op.cit.** nota al pie No. 162, p. 32.

²⁵² Frédéric Eisemann, quien fuera Secretario General de la Corte de la CCI, llamó a este tipo de cláusulas como "Cláusulas Patológicas", encontrándose dichas cláusulas en la CCI, todos los años. Eisemann, Frédéric, *"The Court of Arbitration: Outline of its Changes from Incertion to the Present Day"*, **"60 Years of ICC Arbitration, a Look at the Future"**, ICC Publishing S.A., París, 1984, p. 391.

²⁵³ Bond, Stephen R., **"How to draft an arbitration clause"**, Secretaría General de la Corte de Arbitraje de la CCI, Beijing, 1988.

²⁵⁴ Para consultar las cláusulas modelos de las instituciones arbitrales mas importantes alrededor del mundo, véase infra. pp. __

llevar la solución de la controversia ante esa institución. Indudablemente el modelo más utilizado es el que proporciona la CCI; sin embargo, la práctica ha demostrado que en la mayoría de los casos las partes añaden más elementos al modelo que pretenden seguir, para adecuar la cláusula al caso concreto (en 1987 de 237 cláusulas arbitrales utilizadas ante la CCI, la cláusula modelo fue redactada palabra por palabra, solamente una vez). Tal es el caso, cuando las partes deciden en el acuerdo arbitral la ley sustantiva que regirá al asunto, el número de árbitros, el idioma y lugar del arbitraje.

Analicemos la cláusula propuesta por la CCI, ya que es la que tiene mayor utilización:

*"Todas las desaveniencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."*²⁵⁵

Indudablemente encontramos a esta cláusula demasiado austera o breve. Es necesario por lo tanto, anexarle los elementos requeridos para adecuarla al caso concreto; sin embargo, contiene los elementos esenciales para el buen funcionamiento de dicha cláusula, tales como: "Todas las desaveniencias", "deriven de o que guarden relación con", "resueltas definitivamente".

En relación con el primer elemento esencial, creemos que el acuerdo arbitral debe referirse a "todas las desaveniencias" que puedan surgir relacionadas con el contrato, ya que es difícil establecer una lista de posibles conflictos. A pesar de que el modelo de cláusula anterior utilizaba la palabra "disputas" en lugar de "desaveniencias", creemos que el cambio fue acertado, pues la palabra desaveniencia es un género que contiene a la especie disputa; en otras palabras, habrá algunos aspectos que no sean considerados precisamente como disputas, pues no hay intereses en contra tan marcados. La palabra desaveniencia podría abarcar cualquier malentendido entre las partes, cuya base sea una mala comprensión de las circunstancias, ya sea por ignorancia o por falta de capacidad técnica, y, después de hacer las explicaciones del caso a cada parte, el malentendido quedaría aclarado, sin que este proceso pueda considerarse como la solución de una disputa; simplemente se trata de una simple aclaración.

Sin embargo, es necesario recordar que se refiere a todas las desaveniencias que surjan entre las partes que celebraron el acuerdo arbitral, pues surge la duda de cuáles son los conflictos que pueden ser considerados como derivados o relacionados con el contrato. Al respecto, hay que hacer mención que las acciones extracontractuales no deben ser consideradas dentro de la lista de disputas o desaveniencias susceptibles de ser arbitradas, a menos que el tercero involucrado en la relación extracontractual esté dispuesto a sujetar su controversia surgida con una de las partes al procedimiento arbitral elegido por las partes que en un principio celebraron el acuerdo arbitral.²⁵⁶ Como ya mencionamos en el presente trabajo la característica principal del arbitraje es el acuerdo de voluntades, y por lo tanto el acuerdo arbitral únicamente es obligatorio para las partes que lo celebran.

²⁵⁵ Para el texto en inglés y francés, véase infra nota al pie No. ____

²⁵⁶ En este caso el arbitraje se convertiría en arbitraje multilateral, véase supra pp. ____

El segundo elemento es que las disputas "deriven de o que guarden relación con", el contrato. En ocasiones es muy difícil saber si realmente surgen como consecuencia o motivo del contrato, pero en caso de duda los árbitros son los que deben decidir.

Como tercer elemento esencial tenemos que las disputas deben ser "resueltas definitivamente" bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI. Quizás parecería redundante decir que es un elemento esencial; sin embargo, es importante considerarlo como tal, ya que el laudo o sentencia arbitral es definitivo y pone fin a la controversia entre las partes. Recordemos que el proceso judicial que se lleva al reconocer y ejecutar dicho laudo es independiente y por ningún motivo puede ocuparse del fondo del asunto.

En relación con la vigencia de las reglas, puede surgir la siguiente situación: Si se decide aplicar las reglas de determinada institución en un acuerdo arbitral y posteriormente dichas reglas cambian, como ha sido el caso reciente de varias instituciones como la CCI y la LCIA ¿cuáles serán las aplicables?; es decir, puede suceder que una cláusula arbitral se hubiere acordado en el año anterior a la modificación y el problema surja con posterioridad a ella. Al respecto, creemos que si en el acuerdo arbitral no se estableció nada, se deben aplicar las reglas que al momento de la celebración del acuerdo estaban en vigor, y si por el contrario en el mismo acuerdo se estableció que se adaptaría la solución del problema a las modificaciones que vayan teniendo las reglas, entonces la solución del problema se resolvería utilizando las nuevas reglas de dicha institución.

c. El lugar del arbitraje.

Al momento de elegir el lugar o sede del procedimiento arbitral se deberá tomar en cuenta los siguiente: (i) que los tribunales que tengan jurisdicción en ese territorio se encuentren capacitados para tener una buena actuación paralela al procedimiento; (ii) que el Estado, lugar o sede del arbitraje, sea parte de la Convención de Nueva York,²⁵⁷ pues el laudo se considerará dictado en ese lugar. Igualmente importante es que el Estado, en donde se va a reconocer y ejecutar el laudo, sea parte de dicha Convención, atendiendo a las reservas que se hayan hecho; (iii) que el derecho arbitral del lugar o sede del arbitraje se adapte a las necesidades de las partes y sea suficientemente moderno, ya que tiene un papel supletorio del derecho adjetivo que hubieren elegido las partes; es decir, se tienen que cumplir con las formalidades del lugar,²⁵⁸ y; (iv) finalmente y como ya lo indicamos con anterioridad, que el ambiente del país o Estado en que se lleve a cabo el arbitraje sea tranquilo y neutral.²⁵⁹

²⁵⁷ Véase infra pp. ____

²⁵⁸ Por ejemplo en Arabia Saudita los árbitros deben ser musulmanes o de sexo femenino.

²⁵⁹ La práctica ha demostrado que las partes consideran de tal importancia elegir el lugar del arbitraje, que en el año de 1987 el 57% de las cláusulas de arbitraje llevadas ante la CCI establecían expresamente el lugar en donde debía llevarse el procedimiento. En cuanto a la tranquilidad y neutralidad del lugar tenemos que en el año de 1986 en la Corte Federal de los Estados Unidos, se llevó a cabo un caso entre una compañía americana (Ashland Oil, Inc.) y una iraní (National Iranian Oil Company), quienes establecieron en su cláusula arbitral, antes del conflicto iraní, que dicho asunto se ventilaría en Irán. La Corte de los Estados Unidos no aceptó la petición de una de las partes de cambiar en el acuerdo el sitio del arbitraje a los Estados Unidos. Esto demuestra que de manera unilateral es imposible modificar el acuerdo arbitral, aún y cuando el ambiente del lugar en donde se pretenda llevar el arbitraje sea el peor.

En el arbitraje ad-hoc, las partes señalan en el acuerdo el lugar del arbitraje, y si no lo hacen el tribunal arbitral decidirá el lugar tomando en cuenta los intereses de las partes. En el arbitraje institucional, y en caso de falta de acuerdo previo de las partes, lo regular es que la sede sea determinada de acuerdo con las reglas del organismo arbitral respectivo. Generalmente, las reglas designan como lugar del arbitraje la misma ciudad que es sede de la institución.

d) Idioma del arbitraje.

Las partes tienen total libertad para determinar el o los idiomas del arbitraje y, en caso de falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral podrá determinarlo, tomando en cuenta: (i) el idioma con el cual se redactó el contrato donde se encuentra la cláusula arbitral, o en el que se redactó el compromiso o el convenio arbitral; (ii) el idioma natal de las partes; (iii) el idioma del lugar en donde se encuentran alguno de los establecimientos que son partes en la disputa; (iv) el idioma del lugar o sede del arbitraje; (v) el idioma del lugar en donde se llevarán a cabo las audiencias arbitrales, y; (iv) las facilidades de conseguir traductores, tanto simultáneos como de documentos. A este respecto se recomienda acordar idiomas mundialmente aceptados como son el inglés, francés y español.

El procedimiento arbitral se puede llevar en varios idiomas, pero por razones de costos, tiempo y necesidad de traductores, se recomienda acordar el uso de un solo idioma durante todo el procedimiento. Este idioma se deberá utilizar en todas las comunicaciones orales y escritas entre las partes y el tribunal arbitral, incluyendo todas las audiencias y demás actuaciones hasta la redacción del laudo arbitral. En caso de que las partes hubieran acordado o que el tribunal arbitral hubiera determinado el uso de varios idiomas, se recomienda determinar a un idioma como “idioma líder”, del cual se harán traducciones para las partes interesadas. La práctica puede demostrar que si bien es difícil realizar el acuerdo para decidir un idioma, es más difícil acordar en el pago de los gastos de traducción cuando se trata de dos o más idiomas. Creemos que los dos idiomas más utilizados en procedimientos arbitrales son el inglés en primer lugar y el francés como el segundo, lo que demuestra la necesidad de preparación de los abogados mexicanos ante la actual apertura comercial para poder intervenir en este tipo de asuntos.

e) Derecho aplicable.²⁶⁰

Debemos distinguir el derecho adjetivo o procedimental del derecho sustantivo o material o de fondo.

El derecho adjetivo, es el que se utiliza para desahogar todas las etapas procesales dentro del procedimiento arbitral y éste es elegido por las partes, ya sea de manera directa, que es cuando ellas mismas redactan las normas o de manera indirecta, que se da cuando eligen un conjunto de reglas ya creadas con anterioridad por alguna institución, sin excluir la posibilidad de adoptar las reglas de alguna institución y hacerles determinadas modificaciones. Como ya lo mencionamos, esto marca en parte la diferencia entre el arbitraje *ad-hoc* del institucional.

²⁶⁰ Véase supra pp. __

El derecho sustantivo, por el contrario es el que se utiliza para resolver las cuestiones de fondo del asunto. Este derecho es elegido por las partes en el propio acuerdo arbitral y, en caso de no hacerlo, le corresponde al tribunal arbitral efectuar dicha selección. En algunas legislaciones, mas no en la mexicana, está abierta la posibilidad de que si las partes eligen un derecho sustantivo, que no tenga relación alguna con el arbitraje en cuestión, se puede declarar nulo, y en ese supuesto le corresponde al tribunal arbitral hacer la nueva elección de dicho derecho.²⁶¹ El tribunal arbitral no podrá decidir sin fundamento, pues tendrá que observar las normas de derecho internacional privado, tomando en cuenta las características y factores de conexión del caso concreto, tales como: (i) lugar de celebración del contrato; (ii) lugar de ejecución del contrato; (iii) lugar de ubicación del objeto materia de la disputa; (iv) domicilio de las partes; (v) nacionalidad de las partes; (vi) lugar del negocio de las partes, entre otros puntos de conexión. Esta difícil labor de determinación del derecho sustantivo aplicable ha sido regulada a un nivel internacional por varios acuerdo internacionales entre los cuales destaca el trabajo europeo de la famosa Convención de Roma.²⁶²

Es recomendable que el derecho sustantivo aplicable se determine por las partes desde el momento de la celebración del acuerdo arbitral; de lo contrario, podría suceder que el tribunal arbitral sorprenda a alguna de las partes con su elección, pues puede decidir la aplicación de algún derecho que, aunque no se adecúe mucho al caso concreto, sea ya conocido para dicho tribunal y por lo tanto, fácil de aplicarlo.

Compartiendo la opinión de José Luis Siqueiros,²⁶³ el principio de autonomía de la voluntad de las partes permite elegir libremente a las partes la ley aplicable a los contratos internacionales; sin embargo, dicha elección no resulta válida cuando infringe las leyes imperativas del foro o cuando atenta contra las instituciones de su orden público. Estas restricciones a la libertad contractual para elegir la ley aplicable también las encontramos en la elección del foro y se advierten en áreas políticamente sensitivas, notablemente en materia tales como empréstitos con la banca internacional, transferencia de tecnología, inversión extranjera directa y otras.

Hay que señalar que la elección del derecho sustantivo aplicable al arbitraje no es siempre necesario, pues, como ya se dijo al principio de este capítulo, las partes pueden

²⁶¹ Por ejemplo en el derecho inglés se aplica la doctrina del derecho apropiado (“*the proper law doctrine*”) de acuerdo con la cual las partes tienen libertad para elegir el derecho sustantivo que aplicarán a la solución de la controversia y, en caso de no hacerlo, los jueces o árbitros deberán determinar cual es el derecho con el cual la transacción esté mas cercamente conectado. Inclusive los jueces y árbitros podrían cambiar el derecho acordado por las partes en el supuesto de que consideren que el derecho apropiado es el de otro país; aunque obviamente esta facultad es muy pocas veces ejercida. Véase the *Contract (Applicable law) Act 1990*.

²⁶² En 1967 hubo una propuesta por parte de los países de la Benelux a la Comisión de las Comunidades Europeas para la unificación del derecho internacional privado. Esta propuesta cubría también obligaciones no contractuales. Finalmente, en 1980 se celebró la Convención de Roma la cual entró en vigor el 1o. de abril de 1991. La Convención tiene como finalidad establecer una uniformidad en las reglas de elección del derecho sustantivo para obligaciones contractuales en la Comunidad Europea. En 1988 se firmaron dos protocolos de interpretación de la Convención y se creó el Reporte Giuliano y Lagarde (*Giuliano and Lagarde Report*) que fue creado por un grupo de trabajo que intervino en la elaboración de la Convención y sirve como documento interpretativo. Para mayor información sobre la Convención de Roma, véase *PM North y JJ Fawcett, “Cheshire and North’s Private International Law”, Twelfth Edition, Butterworths, London, 1992, pp. 457.*

²⁶³ Siqueiros, José Luis, Op.cit. nota al pie No. 131, pp. 55

decidir que su arbitraje se resuelva de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida; o sea, puede ser un arbitraje en equidad, lo que trae por consecuencia la falta de necesidad de un conjunto de normas que resuelvan el fondo del asunto.

Por otro lado, encontramos a la legislación internacional en materia del comercio exterior, a la cual nos referimos en el primer capítulo del presente trabajo, y que debe ser considerada por el tribunal arbitral al resolver el conflicto, pues si se decide aplicar el derecho positivo mexicano, se debe observar en qué convenciones y tratados internacionales es parte México, para poder aplicarlos. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,²⁶⁴ la cual resulta de mucha aplicación en el arbitraje comercial internacional. Igualmente tenemos a los *Incoterms*²⁶⁵ que aunque no son parte de la legislación mexicana, resultan de gran interés a este respecto.

*Stephen R. Bond*²⁶⁶ propone tres consideraciones importantes para que las partes elijan correctamente la cláusula de derecho sustantivo aplicable:

1. Que el sistema jurídico elegido sea lo suficientemente completo y desarrollado respecto al problema que surgió entre las partes o a los que regularmente puedan surgir.
2. Si no se quiere seleccionar qué derecho deba ser aplicable al caso concreto, lo cual no es lo recomendable, se puede decir únicamente qué legislación o legislaciones no se quieren ver involucradas en el asunto.
3. Estar seguros que la legislación que se seleccionó considera la materia del conflicto como posible de ser resuelta por arbitraje, ya que recordando lo dicho con anterioridad, existen materias que no se consideran arbitrables.

2.9. EL TRIBUNAL ARBITRAL.

La primera pregunta que surge al tratar el tema del tribunal arbitral es saber quiénes son las personas que pueden actuar como árbitros. La respuesta es sencilla: todas aquellas personas que tengan facultad legal suficiente y que cuenten con cierta especialización; obviamente es muy recomendable que tengan experiencia en el campo del arbitraje, sin embargo y tomando en cuenta que nuestro país se encuentra en proceso de incorporación a este método de solución de controversias, no debemos considerar esto como un requisito indispensable.²⁶⁷ Cualquiera podría pensar que se requiere algún tipo de profesión

²⁶⁴ Entró en vigor el 1o. de enero de 1988, siendo parte de tal convención Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia. Al 31 de enero del mismo año, Austria, Finlandia, Suecia y México se habían convertido en parte de la misma.

²⁶⁵ Véase *supra* p. 35.

²⁶⁶ Bond, Stephen R., **Op.cit.** nota al pie No. 164.

²⁶⁷ Nuestra opinión a este respecto no es compartida por *Alan Redfern y Martin Hunter*, quienes piensan que probablemente la capacitación mas importante para un árbitro internacional es que él tenga experiencia en la ley y práctica del arbitraje. Sin embargo, reconocen que debe existir un proceso por el cual árbitros internacionales potenciales adquieran las habilidades necesarias, pues debe venir una nueva generación, lo que

específica, sin embargo, puede participar cualquier profesionista o técnico, siempre y cuando cumpla con el perfil buscado por las partes o por la institución arbitral.

El conferencista *Cedric Barclay*, recomienda que los árbitros deben tener una preparación y entrenamiento muy consistentes, ya que si un árbitro no está propiamente capacitado tendrá dificultad para extraer la verdad del caso. En muchos países los abogados no son elegidos para fungir como árbitros en las disputas comerciales; se selecciona a técnicos o especialistas para realizar tal labor, por contar con una experiencia basada en materias que coinciden con, o son similares a la naturaleza de las disputas. Aunque estos hombres podrán tener considerable experiencia en la industria, sus conocimientos respecto a prácticas legales y procedimientos arbitrales pueden ser incompletos o inadecuados.²⁶⁸ Por tal razón, creemos que de tratarse de un árbitro único, éste debe ser un abogado y, en caso de ser un tribunal arbitral, por lo menos uno de sus miembros debe tener esta profesión.

Las personas que funcionen como árbitros tienen la obligación de actuar con independencia e imparcialidad incuestionable. La independencia es un criterio objetivo, un ejemplo de no contar con dicha independencia sería el caso de existir algún vínculo familiar, laboral o de negocios con alguna de las partes en el conflicto. Por su parte, la imparcialidad es un criterio subjetivo, que consiste en la obligación ética fundamental del árbitro en relación con cierto tema, evitando tener una postura desequilibrada. Ejemplo de esto sería tener libros publicados sobre el tema en donde claramente se dedujera se postura y ésta fuera a favor de alguna de las partes; o bien, el hecho de actuar de manera cordial con alguna de las partes y en forma descortés con la otra. Indiscutiblemente, la primera de las dos características antes mencionadas es fácil de apreciarla y por lo tanto de regularla, en cambio la imparcialidad es una situación difícil de percibir y evaluar, por lo que es necesario que las partes sean accesibles y actúen con flexibilidad pues siempre encontraremos algún tipo de relación o circunstancias que podrían ser base de una inconformidad. Por el contrario, la relación de un juez con las partes antes de presentar la demanda, es generalmente inexistente, pues las partes ni siquiera saben quien será la persona que solucionará el asunto.

Para evitar conflictos y garantizar una actuación independiente e imparcial, las personas que son propuestas como árbitros deben seguir tres reglas de gran importancia mencionadas por Guillermo Aguilar Alvarez:

1. Deben declarar o revelar todas las relaciones que pudieran existir con las partes, sus abogados y cualquier otra persona que intervenga en el procedimiento arbitral.
2. No deben actuar como abogado de alguna de las partes. En muchas ocasiones el árbitro es designado de común acuerdo, por ser una persona conocida por ambas

debe ser reconocido por países e instituciones arbitrales. Véase **Op.cit.** nota al pie No. 114, pp. 219. Estamos de acuerdo con la segunda idea, es decir, que debe prepararse una nueva generación de árbitros; sin embargo, en el caso de México no se puede aplicar la primera idea de Redfern y Hunter, pues existen muy pocos abogados que realmente tienen experiencia en el tema, entre los que destacan: José Luis Siqueiros, José María Abascal, Claus von Voweser, Carlos Loperena, _____

²⁶⁸ Barclay, Cedric, "*Preparación y especialización de árbitros*", **"Memoria Tercer Simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional"**, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, 1976.

partes y quizás les haya prestado servicios legales a ambas, lo cual podría hacerles pensar que en el procedimiento arbitral el árbitro deberá comportarse como un asesor legal; sin embargo, el papel de tal persona debe ser totalmente distinto, ya que, por ningún motivo puede asesorar a las partes y mucho menos a una por separado.

3. No deben estar en contacto con las partes si no es en presencia del tribunal arbitral. El árbitro, mas aun si se trata de los primeros arbitrajes que resuelve, debe tener mucho cuidado en tratar a las partes con extrema igualdad y evitar cualquier contacto con ellas, sin que se informe a la otra parte.

En caso de que alguna de las partes se percate de la existencia de alguna situación que ponga en duda la obtención de un laudo justo al final del procedimiento, independientemente de que surja antes del inicio del procedimiento o durante éste, puede solicitarse la recusación del árbitro mediante la tramitación de un procedimiento previamente establecido. La mayoría de los reglamentos institucionales y las leyes domésticas prevén la forma en que debe llevarse a cabo dicho procedimiento.

Si el árbitro no revela alguna situación que pudiera ser causa de una recusación, éste podría ser sancionado en varias formas, de acuerdo con el reglamento aplicable. La sanción varía según cada caso pero puede llegar a algo tan radical como la anulación del laudo.

Por otro lado, existe una diferencia importante en el actuar de una persona que funja como árbitro en un asunto nacional de una que lo haga en un asunto internacional, ya que el segundo debe analizar y resolver el conflicto con un criterio que se aparte de su experiencia nacional. El criterio anterior, abarca el hecho de evitar tener algún favoritismo con alguna parte con quien comparta raíces étnicas, culturales, sociales y religiosas, así como tratar de entender el asunto como un abogado del sistema en cuestión. Nuestra opinión es que, para poder actuar de esta manera, es necesario que los abogados que desarrollen la tarea de árbitro debe tener cierta experiencia internacional, la cual cambia totalmente la manera de pensar y de analizar los asuntos. Por otro lado y sin querer contradecir lo ya dicho a este respecto, la experiencia internacional del abogado, debe complementarse con bases fuertes en su propio sistema jurídico que comprendan el perfecto conocimiento de las instituciones y principios legales sobre el tema, pues creemos que es la única forma de entender los instituciones y principios equivalentes de otros sistemas jurídicos.

El tribunal arbitral puede estar integrado por una sola persona o por varias y, según sea el caso, se presentan ventajas y desventajas. La mayor parte de los tratadistas se refiere al órgano que resuelve la controversia como "tribunal arbitral", abarcando tal expresión a un solo árbitro o a un órgano colegiado integrado por dos o más personas. Aquí surgen varias cuestiones, como son: ¿cuántos árbitros son los recomendables?, ¿cómo deben ser elegidos?, ¿qué características deben tener?, ¿cuál es la experiencia con la que deben contar?, ¿cuándo se debe hacer la elección?, ¿qué sucede si estamos en un arbitraje *ad-hoc* o en uno institucional?, ¿qué sucede si durante el procedimiento demuestran incompetencia o parcialidad?.

Una respuesta amplia a estas y otras preguntas se puede encontrar a lo largo del presente trabajo, por ahora comentamos que para contestarlas acertadamente se debe estar

en presencia de un caso concreto, pues cada ejemplo muestra necesidades diversas que inciden en estas decisiones. Asimismo, afirmamos lo siguiente: (i) en la mayoría de los casos, la elección depende del valor del negocio, ya que el órgano colegiado representa mayor gasto para las partes y es, por lo general, más tardado el procedimiento arbitral; (ii) la elección del tribunal arbitral no debe realizarse necesariamente al momento del acuerdo arbitral, puede ser posterior a él; (iii) la mayoría de las legislaciones arbitrales y los reglamentos arbitrales de las diversas instituciones regulan el procedimiento de denominación y recusación de árbitros; (iv) cuando las partes deciden que la controversia sea resuelta por un órgano colegiado, generalmente escogen un número non (en la mayoría de los casos 3), el cual se forma por la elección de un árbitro por cada parte y el tercero es elegido por los dos ya seleccionados, quien contará con el voto de calidad; (v) las partes pueden establecer limitaciones a la elección del tribunal arbitral, como sería la nacionalidad, el número de árbitros o la especialidad en determinada materia, y; (vi) los miembros del tribunal arbitral deben tener gran conocimiento técnico y jurídico del asunto por solucionar, a fin de dictar un fallo lo más justo posible.

Si estamos en presencia de un arbitraje *ad-hoc*, las partes pueden hacer la elección en el momento del acuerdo arbitral, y en caso de hacerlo y no ponerse de acuerdo posteriormente, la situación se rige por las leyes del lugar en donde se realice el arbitraje, en el supuesto que las reglas que crearon o adoptaron no digan nada.

Si estamos en presencia de un arbitraje institucional, las partes se tienen que sujetar a lo establecido por dicha institución, siendo que por lo general las instituciones tienen una lista de personas reconocidas, de varias nacionalidades, que actúan como árbitros. Generalmente las partes efectúan la selección y la institución ratifica el nombramiento o, en caso de falta de una propuesta por las partes, la elección se realiza directamente por la institución.

De acuerdo con José Luis Siqueiros, existen tres teorías que explican la naturaleza de las funciones del tribunal arbitral:

1. La jurisdiccional o autoritaria, dice que el poder judicial delega ciertas facultades a los árbitros para actuar, pero sus decisiones están sujetas a la revisión del poder judicial.
2. La privatista o contractualista, dice que la facultad para actuar de los árbitros nace del acuerdo de voluntades entre las partes; es decir, según esta teoría el arbitraje es un contrato.
3. La ecléctica, está conformada con las características de las dos anteriores; es decir, se les otorga una jurisdicción a los árbitros, pero ésta se origina del acuerdo de voluntades entre las partes.

Nosotros compartimos la teoría ecléctica, pues los árbitros no tienen la facultad de "imperio", como la tienen los jueces, la cual se refiere a la facultad coactiva para hacer

cumplir sus propias decisiones, pero cuentan con jurisdicción (jurisdicción primaria) y definitivamente esta jurisdicción nace del acuerdo de la voluntad de las partes.²⁶⁹

En cuanto a los honorarios de los árbitros, generalmente se determinan de las tablas que para tal efecto tengan las instituciones arbitrales, inclusive en los arbitrajes *ad-hoc* se recomienda sujetarse a dichas tablas pues son el resultado de una ardua investigación de mercado. Los honorarios, en la mayoría de los casos, se basan en el valor del negocio, al cual se le aplica un porcentaje que puede variar dependiendo el número de árbitros, la especialización requerida, etc.²⁷⁰

2.10. EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

La labor de los árbitros envuelve una gran cantidad de trabajo administrativo, más aun cuando se trata de un arbitraje *ad-hoc*, dentro del cual se encuentra la coordinación de las partes para la celebración de audiencias, el intercambio de documentos. Este intercambio abarca el envío de documentos entre todas las personas involucradas en el proceso arbitral, tales como: las partes, los árbitros (obviamente se intensifica esta labor cuando se trata de un tribunal arbitral integrado por varios árbitros), los representantes de las partes, los peritos, testigos, traductores, entre otros.

Para apoyar al tribunal arbitral, se creó la figura del Secretario del Tribunal Arbitral (también conocido como Registrador),²⁷¹ cuya labor siempre es hecha en representación de dicho tribunal y no en representación de las partes. En pocas palabras, el secretario es el punto de conexión entre las partes y los árbitros, lo que permite que los árbitros tengan el menor contacto posible con ellas, y como resultado que respeten la obligación de ser parciales.

Asimismo, el secretario se deberá encargar de organizar todos los documentos que reciba el tribunal arbitral, así como cualquier otro tipo de pruebas que formen parte de los elementos decisorios del tribunal arbitral. La idea es que le facilite la tarea al tribunal de buscar papeles y que sea la persona encargada de saber exactamente en dónde está cada documento.²⁷²

Otra de las tareas del secretario es encargarse de todo lo relativo a la parte financiera del procedimiento, es decir, desde abrir una cuenta bancaria en donde se depositará todo el dinero que las partes van aportando, ya sea para honorarios de los árbitros o gastos generados durante el procedimiento. El secretario debe tener un registro que le permita dar razón de toda erogación realizada.

El secretario es la persona encargada de reservar las salas para la celebración de audiencias y de contratar todos los servicios necesarios para el funcionamiento de las mismas. En la mayoría de los casos se permite la asistencia del secretario a las audiencias quien, según lo acordado por las partes y el tribunal arbitral, podrá tener una participación

²⁶⁹ Véase *infra* pp. __.

²⁷⁰ Véase las tablas del CAM en el Anexo V de este libro.

²⁷¹ También es denominado como escribano, oficial, administrador o relator.

²⁷² Para ver la organización de documentos véase *infra* pp. __.

activa, dando opiniones legales o simplemente limitarse a puras cuestiones administrativas. Como es de imaginarse, lo recomendable es que el secretario tenga permiso para asistir a estas audiencias ya que en un futuro el será quien presida las audiencias en otros procedimientos arbitrales, pero en ese caso, ya como árbitro.²⁷³

La tarea del Secretario puede ser desde meramente organizacional (obtener salas de reunión, coordinar servicios de secretarías), hasta labores de investigación y alguna asistencia profesional al tribunal arbitral (como sería recopilación de jurisprudencia o de comentarios publicados sobre cuestiones jurídicas especificadas por el tribunal, la preparación de resúmenes de jurisprudencia y publicaciones, y a veces la presentación de borradores de ciertas decisiones procesales o de ciertas partes del laudo arbitral, en particular sobre los supuestos hechos.)

En caso de los arbitrajes institucionales, la intervención del secretario no es tan necesaria, pues como ya hemos mencionado, las instituciones arbitrales se encargan de la administración del procedimiento; sin embargo, en muchas ocasiones es muy recomendable contar con un secretario, pues no todo lo que hace el secretario lo hacen las instituciones, como sería el caso de comunicación directa con las partes. Además, debemos analizar cada caso concreto, pues todo depende del número de árbitros, el monto del asunto y la cantidad de documentos por revisar.

Alan Redfern y Martin Hunter recomiendan la siguiente cláusula modelo para la designación del secretario o registrador, la cual podrá ser incluida como parte del acuerdo arbitral, en cualquiera de sus presentaciones:

*“El tribunal arbitral designará un (secretario o registrador) quien tendrá el grado de abogado en el país sede del arbitraje, quien asistirá al tribunal arbitral en los arreglos administrativos del procedimiento (y se asegurará de guardar un registro confiable de dicho procedimiento).”*²⁷⁴

Como cualquier modelo de cláusula, podrá ser adaptada al caso concreto, dependiendo de las necesidades de cada uno. Se recomienda aclarar desde el momento de redactar la cláusula el pago de los honorarios del secretario. Generalmente el tribunal arbitral paga de manera directa al secretario descontando la cantidad correspondiente de sus honorarios, sin embargo, también se puede acordar que las partes considerarán los

²⁷³ La opinión de Alan Redfern y Martin Hunter es que el secretario debe ser un abogado con experiencia en arbitraje comercial internacional y de los problemas administrativos que puedan surgir. Nuestra opinión difiere un poco de dicha afirmación si tomamos la situación actual de países como México, en donde el arbitraje comercial internacional es un mecanismo que, aunque con grandes perspectivas, experimenta sus primeros pasos como una alternativa *vis a vis* el litigio. Consideramos que lo ideal sería compartir la idea de Redfern y Hunter, pero en nuestro caso, solamente se requerirían abogados preparados para que intervengan como secretarios, pues si es difícil encontrar árbitros con gran experiencia, salvo algunas excepciones (véase nota al pie No. __), es mas difícil que existan abogados con experiencia en cuestiones administrativas y de arbitraje comercial que se dediquen solamente a las funciones del secretario, pues lo lógico es que traten de incursionar en el terreno de los árbitros. Véase **Op.cit.** notal al pie No. 114, pp. 247.

²⁷⁴ *“The arbitral tribunal shall appoint a (secretary/registrar) who shall possess qualifications as a lawyer in the country of the place of arbitration, who shall assist the arbitral tribunal in the administrative arrangements for the proceedings (and ensure that an accurate record is kept of such proceedings).”* Véase **idem.** Pp. 248.

honorarios del secretario como un pago extra del correspondiente al tribunal arbitral. Debe observarse la legislación aplicable, ya sea legislación interna o el reglamento acordado, pues podrían decir algo al respecto.

En todos los casos se debe resaltar que el Secretario tienen la obligación de confidencialidad y parcialidad que tiene el árbitro y, en general, todas aquellas que caracterizan la figura del árbitro; sin embargo, no tienen ninguna facultad de decisión. En ocasiones se permite que el secretario analice el problema y dé su opinión al tribunal arbitral. Nuestra opinión es que más que facilitar la labor del tribunal, la figura del secretario permite ir moldeando a los futuros árbitros, quienes generalmente tienen sus primeras intervenciones en el procedimiento arbitral precisamente como secretarios. Es importante terminar esta parte del capítulo, marcando nuevamente la idea de que el secretario no puede usurpar las labores propias de los árbitros, pues él no cuenta con la especialización que fue el elemento esencial para haber nombrado a determinada persona como árbitro. Para algunos autores, solamente es posible delegar este tipo de actividades a los secretarios con el pleno consentimiento de las partes.

2.11. LA RELACION DE ARBITROS CON JUECES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Los árbitros, en el arbitraje mercantil internacional, son personas privadas ajenas a la *litis*, sin *imperium* y que cuentan para ello con el apoyo del derecho positivo y de los jueces, quienes son funcionarios inscritos en el aparato judicial, que administran justicia en nombre del estado contando con el *imperium* del que carecen los árbitros. Los jueces son parte integrante de uno de los tres poderes del Estado – poder judicial – cuya labor esencial es la interpretación y aplicación del derecho positivo, teniendo la obligación de sujetarse a un procedimiento preestablecido. Los árbitros, contrario a lo que muchos pueden pensar, sí tienen jurisdicción entendida ésta como la facultad de decir o declarar el derecho.²⁷⁵ En conclusión, los árbitros tienen jurisdicción pero no imperio y los jueces tienen jurisdicción e imperio.

Compartimos la idea de M. Sornarajah,²⁷⁶ quien sostiene que debemos reconocer dos tipos de jurisdicciones dentro del procedimiento arbitral: la jurisdicción primaria o “*primary jurisdiction*” que es la que encontramos en los árbitros como personas privadas y la jurisdicción secundaria o “*secondary jurisdiction*” que es la que inviste a los jueces como representantes de los estados libres y soberanos. Ambas jurisdicciones, aunque no provienen de la misma estirpe, se encuentran ligadas y tienen un papel complementario.²⁷⁷

²⁷⁵ Según Eduardo Pallares: “Etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos como la Junta de Conciliación y Arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento, pero este concepto es empírico y no penetra al fondo del problema científico.” La noción de jurisdicción ha provocado diversas doctrinas, de las cuales hace una buena exposición el Lic. Pallares. Véase Pallares, Eduardo, “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1991, pp. 510 a 520

²⁷⁶ Profesor de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Singapore.

²⁷⁷ Véase infra pp. ____

La jurisdicción del juez tiene tres características esenciales: (i) es permanente. El Estado debe garantizar su permanencia; (ii) es obligatoria. En principio es la única instancia que se le impone a las partes; (iii) es pública. Cualquier persona puede recurrir a ella (aún los incapaces).

En contraposición, la jurisdicción del árbitro tiene las siguientes características: (i) es temporal. Al dictar el laudo, el arbitro pierde su investidura; (ii) es opcional. Es vinculatoria solamente para las partes que suscribieron el acuerdo arbitral; (iii) es privada. Sólo afecta a aquellos que siendo capaces deciden acudir al arbitraje.

El Juez da auxilio al tribunal arbitral. Obviamente debemos estar en presencia de un juez competente, el cual es aquél que de acuerdo a la ley del territorio en donde se va a desarrollar el arbitraje tiene competencia.

A continuación se mencionan los cuatro puntos mas importantes en que es necesaria la intervención del juez en el procedimiento arbitral:

- (i) La constitución y reconstitución del tribunal arbitral. Cuando las partes han acordado un arbitraje ad-hoc o si las reglas en un arbitraje institucional no otorgan esta facultad a la institución (lo cual sería raro, pues en su mayoría establecen esta facultad), y una de las partes se niega a nombrar al árbitro único o al miembro del tribunal arbitral que le corresponde, la otra parte puede solicitar la intervención del juez para que designe al árbitro;²⁷⁸
- (ii) Medidas previas o precautorias²⁷⁹. Es importante hacer la diferenciación del tipo de medida requerida, pues hay algunas que en la práctica no requieren de la intervención del juez (v.gr. ordenar a una parte que haga o no haga algo) ya que en estos casos el tribunal arbitral “invita” a las partes y cualquier violación a esta invitación la tomará en cuenta al momento de solucionar. Muchas veces la medida cautelar tiene que ser dictada de acuerdo al sistema en donde están los bienes y aquí es necesaria la intervención del juez (v.gr. arresto de un buque). Dentro de las medidas previas o precautorias mas comunes, podemos mencionar: (a) inspecciones sobre bienes y mercaderías; (b) venta de artículos perecederos; (c) órdenes para hacer efectivas fianzas y cartas de crédito; (d) órdenes para la continuación del cumplimiento de obligaciones de un contrato; (e) depósito de dinero o bienes; (f) embargos precautorios; (h) órdenes para abstenerse de hacer algo, y; (i) órdenes para sacar acciones al mercado.

A nivel internacional, las medidas previas o precautorias son sumamente importantes y cabe destacar la funcionalidad de las famosas “*injuctions*” conocidas

²⁷⁸ En algunos países la legislación arbitral es tan avanzada, como es el caso de Hong Kong, que se establece que la HKIAC será la autoridad designadora. Creemos que esta disposición debería ser insertada en todas las legislaciones que tengan una institución o centro arbitral, como es el caso de México con el nuevo CAM, ya que dicha institución tendrá mucha mas experiencia para designar a la persona idónea que el propio juez.

²⁷⁹ Los tratadistas modernos entienden por medidas cautelares, las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo. Véase, Op.cit. nota al pie No. 146, pp. 558.

en el sistema del *common law*, siendo una de las mas usadas la “*Mareva injunction*”,²⁸⁰ seguida de la “*antisuit injunction*”²⁸¹ y la “*negative declarations*”.²⁸²

- (iii) La administración de la prueba. Quizás sea mas común que en el caso anterior, pues en este caso se solicitará la intervención de un tercero ajeno al procedimiento, llámese testigo, quien no tiene ningún interés en cumplir una “invitación” del tribunal arbitral (v.gr. fuerza pública para traer testigos y recabar demás pruebas).²⁸³
- (iv) Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.²⁸⁴

²⁸⁰ Antes de 1975 no existía un procedimiento disponible en Inglaterra, a partir de ese año las cortes han desarrollado una práctica donde la corte otorga una orden interlocutoria cuya finalidad es evitar la remoción o despilfarro de bienes del demandado antes de que se conozca la sentencia. *Lord Denning M.R.* en dos casos ventilados en la Corte de Apelación decidió que tal orden puede ser otorgada para ser aplicada en un demandado extranjero, siempre y cuando la corte inglesa tenga jurisdicción sobre el asunto. Esta orden es mundialmente conocida como “*mareva injunction*”, la cual ha tenido gran aplicación en países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda. En 1981, se dio autoridad estatutaria a esta práctica con la sección 37(3) del *Supreme Court Act 1981*, que confirma que la *Mareva injunction* puede ser otorgada sin importar que el demandado esté domiciliado, o sea residente o presente a la jurisdicción inglesa. Para poder obtener una *Mareva injunction*, el actor o demandante debe demostrar que: tiene por lo menos un buen caso en relación con el fondo de la cuestión y que existe un riesgo real de que la sentencia sea dictada en su favor y que no tenga ningún sentido si el demandado remueve los bienes. En otras palabras, esta *injunction* opera *in personam* en lugar de *in rem*. En caso de que exista un acuerdo arbitral para que el conflicto sea resuelto por un arbitraje inglés, se puede solicitar el otorgamiento de una *Mareva injunction* en la corte inglesa que tenga jurisdicción secundaria. Por el contrario, si la sede del arbitraje es fuera de Inglaterra se ha argumentado que la corte inglesa, basada en la opinión de *Lord Diplock (the Siskina)* no puede otorgar una *Mareva injunction*, pues esta *injunction* solamente puede ser otorgada para asuntos que son justiciables en Inglaterra. Véanse los casos: *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis (1975) 1 W.L.R. 1093 (C.A.)*, *Mareva Company Naviera S.A. v. International Bulkcarriers, S.A. (1975) 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.)*, *The Siskina v. Distos Compañía Naviera, S.A. (1979) A.C. 210, 261*, *Derby & Co. Ltd. v. Weldom (1990) Ch 48 (C.A.)*, y *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd (1992) 2 W.L.R. 741 (C.A.)*.

²⁸¹ Las cortes inglesas tienen poder discrecional para que, bajo ciertas circunstancias, otorguen una “*injunction*” restringiendo a un actor o demandante de iniciar o continuar con un procedimiento judicial fuera del territorio inglés. La *antisuit injunction* opera “*in personam*” y si no es cumplida por la persona a quien es dirigida, ésta puede ser acusada de desacato a la corte (*contempt of court*). Para poder otorgar esta medida precautoria, la corte inglesa debe tener competencia sobre dicha persona, lo cual se da, entre otras cosas, cuando se trata de un residente inglés o si es parte en un juicio inglés o si tiene suficiente conexión con Inglaterra que justifique la orden, como sería el caso de haber llevado una acción judicial en otro país que represente el incumplimiento de un acuerdo arbitral que prevea a Inglaterra como sede del arbitraje. Véanse los casos: *Castanho v. Brown and Root (UK) Ltd (1981) AC 557, (1981) 1 All ER 143, Hl*; *Midland Bank plc. V. Laker Airways Ltd (1986) QB 689*; *Bank of Tokyo Ltd. V. Karoon (1987) AC 45 at 59, CA*; *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak (1987) AC 871 at 892*; *Thomas (1983) Lloyd's MCLQ 692*.

²⁸² De conformidad con la RSC Order 15, rule 16, las cortes inglesas pueden otorgar, a una persona, una orden mediante la cual declaren o nieguen sus derechos y obligaciones. Aquellas declaraciones en sentido negativo son muy escasas y el clásico ejemplo es declarar que tal persona no tiene responsabilidad alguna respecto de un negocio jurídico. Véanse los casos: *Guaranty Trust Co. of NY v. Hannay & Co. (1915) 2 K.B. 536, at 564 per Pickford LJ (C.A.)*; *Camilla Cotton Oil Co. v. Granadex S.A. (1976) 2 Lloyds Rep.10 (H.L.)*; *Booker v. Bell (1989) 1 Lloyds Rep. 516*.

²⁸³ Desafortunadamente la Convención de la Haya sobre la toma de evidencias en el exterior en materias civiles o comerciales, concluida el 18 de marzo de 1970, no se aplica a arbitrajes. No hay un método para traer a un testigo que esté fuera de la jurisdicción de la corte del lugar sede del arbitraje, para dar un testimonio. Sin

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

3.1. AUDIENCIAS PREVIAS A LAS ACTUACIONES ARBITRALES.

La CNUDMI o UNCITRAL,²⁸⁵ interesada en la evolución del arbitraje comercial internacional, estableció en el 26º periodo de sesiones²⁸⁶ los temas que podrían ser tratados en una labor futura, para lo cual elaboró las “Directrices para la Celebración de Conferencias Previas a las Audiencias en el Procedimiento Arbitral”.²⁸⁷ Posteriormente, se dio un gran paso en el 29º periodo de sesiones²⁸⁸ al crear las “Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral”.²⁸⁹ La finalidad de las Notas es ayudar a árbitros, abogados y demás personas que intervienen en los arbitrajes, con la descripción breve de los puntos respecto de los cuales se recomienda adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización de un proceso arbitral.

Las Notas, como el Reglamento Facultativo de Arbitraje de la CNUDMI, no son obligatorias para los árbitros, aunque su aplicación es recomendable, independientemente de que se trate de un arbitraje *ad-hoc* o de uno institucional. Las Notas, igual que el

embargo, algunos países tienen legislaciones que permiten a los tribunales arbitrales asentados en otros países, obtener evidencias de testigos dentro de sus jurisdicciones, ya sea por solicitud del tribunal arbitral o de la parte interesada. Un ejemplo de lo anterior es Suecia con el “Swedish Act de 1929”. Por su parte la Ley Modelo de la UNCITRAL también contempla esta posibilidad y es de esperarse que los países que adopten dicha Ley Modelo en sus legislaciones internas lo hagan con esta disposición. Véase art. 27.

²⁸⁴ Véase infra pp. __

²⁸⁵ Véase supra nota al pie No. 63.

²⁸⁶ Tuvo sede en Viena del 5 a 23 de julio de 1993. Véase **Documento A/CN.9/378/Add.2**, “Posible Labor Futura”, Nota de la Secretaría, Asamblea General de las Naciones Unidas, Viena, 1993 e Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 26º. período de sesiones, Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17) reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXIV: 1993.

²⁸⁷ La Comisión, después de un examen inicial del proyecto de 1993, examinó en 1994 y en varias reuniones posteriores, un proyecto titulado “Proyecto de Directrices para las Reuniones Preparatorias del Proceso Arbitral”.

²⁸⁸ Con sede en Nueva York del 28 de mayo al 14 de junio de 1996

²⁸⁹ Con base en los documentos antes mencionados (nota al pie No. 151) la Secretaría, en 1995, preparó el “Proyecto de Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral”. La Comisión examinó dicho proyecto y en 1996 se ultimó su texto. Véase Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29º. período de sesiones, Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17) reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996, primera parte y folleto publicado por la CNUDMI que contiene las notas, Viena 1997.

Reglamento Facultativo, son el resultado del análisis de los diversos sistemas legales, lo que permite que sean caracterizadas como documentos de aplicación universal. Las Notas no deben ser consideradas como un reglamento de arbitraje: son, precisamente, un complemento de cualquier tipo de reglas.

Las Notas son de fácil manejo y adaptación, ya que cualquier legislación y reglas de procedimiento arbitral suelen otorgar al tribunal arbitral amplio margen de flexibilidad y libertad de decisión en la dirección del proceso arbitral, para lo cual se deben tomar en cuenta las circunstancias del caso, las expectativas de las partes y de los miembros del tribunal arbitral. Lo anterior representa un beneficio dentro del arbitraje, pues permite adaptar la actuación arbitral al asunto de que se trata y dirigirlo según el estilo procesal al que estén acostumbrados las partes y los árbitros. La facultad discrecional del tribunal arbitral tiene su límite en no poder abarcar cuestiones que estén resueltas en las disposiciones aplicables, o en las disposiciones de procedimiento obligatorio de la ley aplicable al arbitraje. En pocas palabras, el fundamento de la utilización de estas Notas son los dos principios que rigen al arbitraje: la discrecionalidad del tribunal arbitral, y la flexibilidad del procedimiento. Es importante mencionar que los dos principios antes mencionados se deben desarrollar brindando igualdad a las partes y dando a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos.

Sin embargo, tal discrecionalidad y flexibilidad pueden encontrar limitaciones en el Reglamento acordado por las partes, sea o no el de una institución, en normas independientes que las partes hubieran acordado y en el derecho procesal interno aplicable al arbitraje, así como las prácticas propias de cualquier institución o centro arbitral que administre el procedimiento.

Es aconsejable ejercer la discrecionalidad del tribunal arbitral, acordando la celebración de una audiencia previa a las actuaciones arbitrales pues en la mayoría de los casos es difícil que los participantes, al celebrar el acuerdo arbitral, prevean todos los aspectos relacionados con la procedencia y con la preparación de las diversas actuaciones.²⁹⁰ Desde la redacción de las Directrices para la Celebración de Conferencias Previas a las Audiencias en el Procedimiento Arbitral a que se ha hecho referencia, se estableció que se pueden evitar o reducir muchas dificultades si en una primera fase del procedimiento arbitral (poco después de la constitución del tribunal arbitral) se celebra una “conferencia previa a la audiencias”²⁹¹ entre los árbitros y las partes. En la práctica, estas conferencias previas suelen convocarse independientemente de que el reglamento de arbitraje convenido las prevea o no,²⁹² pues actualmente tales conferencias previas se realizan con fundamento

²⁹⁰ Un ejemplo de flexibilidad y discrecionalidad en la dirección de las actuaciones lo proporciona el párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que establece lo siguiente: "Con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos."

²⁹¹ En la práctica estas reuniones se han llamado “reunión preliminar”, “conferencias preparatorias”, “conferencia previa a la vista”, “examen previo a la vista”, “conferencias previas a las audiencias”, “audiencia preliminar”, “vista prejudicial” o “conferencia administrativa”. En ocasiones los términos utilizados dependen en parte de la etapa del procedimiento en que se celebre la reunión. Véase *idem*, p. 4.

²⁹² La práctica de estas conferencias previas son habituales en EUA, Inglaterra y Nigeria. En lo relativo a otras partes del mundo, por ejemplo los países árabes, Europa Oriental o el Japón, se indicó que eran inhabituales o poco frecuentes. Véase "**Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**", Consejo

en la facultad del tribunal arbitral de dirigir las actuaciones en la forma que considere adecuada. Pocos reglamentos internacionales de arbitraje hacen referencia concreta a las conferencias previas a las audiencias.²⁹³

Las audiencias previas pueden realizarse en una sola reunión o un conjunto sucesivo de ellas, dependiendo de la complejidad del caso. Asimismo, no existe limitación alguna para que se hagan por correspondencia u otros medios de telecomunicación, como son el telefax, llamadas telefónicas (*conference calls*) o correo electrónico. El lugar donde se pueden efectuar las reuniones puede ser el mismo lugar sede del arbitraje o alguno distinto. Tampoco existe limitación para celebrar dichas reuniones en cualquier etapa del procedimiento, aunque lo recomendable es que se celebren una vez que se haya integrado el tribunal arbitral y antes de que inicie propiamente el procedimiento. Otro aspecto práctico es que, a fin de evitar polémicas y demoras innecesarias, no conviene planear una cuestión prematura, es decir, antes de que sea claro que se requiere una decisión al respecto.

Estas conferencias previas a las audiencias permiten aprovechar al máximo el beneficio de flexibilidad del procedimiento. Si no se lleva a cabo esta programación del procedimiento, especialmente en los arbitrajes internacionales, se pueden originar equívocos, retrasos y mayores costos.

Los árbitros deben preparar un programa con los temas a examinar en la conferencia previa, y deben comunicarlo con anticipación a las partes, para que ésta sea eficaz y, como resultado de la misma, el tribunal arbitral debe elaborar un documento que firmen todas las partes y en donde se haga constar todo lo acordado.

En general, las ventajas de las audiencias previas son: (i) examinar y plantear las actuaciones y audiencias posteriores para que sean más eficaces y previsibles; (ii) la preparación de las partes para la instalación de las actuaciones; (iii) que las partes tengan mayor intervención y asuman un grado importante de iniciativa en el procedimiento; (iv) evitar malas interpretaciones cuando los árbitros y las partes tienen distintos puntos de vista con respecto a la forma de actuar y a lo establecido en el acuerdo arbitral; (v) evitar que el presidente del tribunal arbitral, o las partes de mutuo acuerdo, dicten órdenes con respecto al procedimiento, y; (vi) acelerar el procedimiento.

Como lo mencionamos con anterioridad, la conferencia previa es la etapa indicada para resolver y aclarar todos los aspectos relativos a la etapa del procedimiento probatorio, pues no es recomendable que las partes gasten tiempo y dinero antes de que surja la controversia, la cual quizás nunca se presente. Además, si las partes deciden estos aspectos en el acuerdo arbitral, nos topamos con la desventaja de no contar con la participación del tribunal arbitral, que consideramos es un elemento esencial en la toma de estas decisiones.

Internacional para el Arbitraje Comercial, General Editor Pieter Sanders, Países Bajos, 1987, p. 63.

²⁹³ Entre los que sí, encontramos al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CISDI o ICSID (Véase supra nota la pie No. 151). La CCI establece en su reglamento el "mandato o misión del árbitro" que se especifica en el artículo 13 de dicho reglamento, el cual tiene algunos elementos parecidos a los de una conferencia previa; no obstante, no se refiere a los detalles del procedimiento que suelen tratarse en estas conferencias previas.

Las Notas establecen una lista de cuestiones que deberán ser consideradas al organizar el procedimiento arbitral en la audiencia previa, y dada su importancia analizamos brevemente.²⁹⁴

1. Reglamento del Arbitraje.

Si las partes no han convenido la aplicación de un reglamento de arbitraje, lo recomendable es que lleguen a algún acuerdo en este momento y en caso de que se sujeten a un procedimiento *ad-hoc* convenido por las partes o sus abogados, se recomienda revisar el mismo y si se llega a la conclusión de que no es adecuado para obtener buenos resultados, lo recomendable es adoptar un reglamento previamente establecido como sería el caso de una institución arbitral, o el Reglamento Facultativo de la CNUDMI que, como se ha dicho, constituye una buena opción. En el caso de que las partes hayan acordado la aplicación de un juego de reglas previamente establecido, se recomienda prudencia para su análisis pues una incorrecta aplicación podría demorar el procedimiento y dar lugar a controversias innecesarias.

2. Idioma de las actuaciones.²⁹⁵

Se recomienda acordar el idioma que se utilizará en caso de que no se hubiere designado en el acuerdo arbitral; determinar la necesidad eventual de una traducción total o parcial de los documentos; prever la interpretación de las intervenciones orales, las cuales pueden ser simultáneas o consecutivas; y si la adopción de las medidas correrán por cuenta de alguna de las partes o del tribunal arbitral. Igualmente podrá acordarse si alguna de las partes o ambas sufragarán los costos o si éstos se harán con cargo a la suma depositada para costas y se prorratarán entre las partes, o si habrá otras formas de pago de la traducciones e interpretaciones. En caso de arbitrajes institucionales, las propias instituciones son quienes generalmente se encargan de estos aspectos en el procedimiento.

3. Lugar del arbitraje²⁹⁶.

En caso de que no esté ya convenido, debe determinarse por las partes el lugar que será jurídica sede del arbitraje. Algunas instituciones arbitrales exigen que todo el procedimiento se realice en un lugar determinado, normalmente el de la sede de la institución y algunos reglamentos establecen que, a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral o la propia institución arbitral tendrán atribuciones para determinar el lugar. Igualmente se debe acordar el lugar donde serán celebradas las audiencias y reuniones del arbitraje, pues como ya se ha visto, el lugar del arbitraje puede ser distinto de aquél donde se realicen las juntas. Se recomienda exponer las razones por las cuales se designan los lugares.

²⁹⁴ Para preparar los temas que se consideran en el documento elaborado por la CNUDMI, se aprovechó el artículo de Howard M. Holtzmann, "**Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitration Procedures**", escrito para el duodécimo coloquio de Sokol sobre derecho internacional, "*International Arbitration in the 21st. Century: Towards Judicialization and Uniformity?*", Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, 27 y 28 de marzo de 1992.

²⁹⁵ Véase supra pp. __

²⁹⁶ Véase supra pp. __

En la elección del lugar del arbitraje, y del de las audiencias que puede ser diferente, se deben tomar en cuenta diversos factores de hecho y de derecho: (i) la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral; (ii) la existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que tenga lugar el arbitraje y el Estado o los estados donde quizás haya de ejecutarse el laudo; (iii) la conveniencia del lugar para las partes y los árbitros, incluidas su cercanía o las facilidades del viaje y cualquier otro tipo de facilidades como disponibilidad de salones y medios de telecomunicaciones; (iv) la disponibilidad y el costo de los servicios de apoyo necesario, y; (v) la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas o el desahogo de determinada prueba.

4. Servicios administrativos que el tribunal arbitral puede necesitar para desempeñar sus funciones.

Consideramos que un acuerdo previo sobre los servicios administrativos podrá ahorrar tiempo y dinero, pues tales servicios se refieren a aspectos prácticos que son de gran ayuda durante el procedimiento. Es recomendable analizar la posibilidad de que el arbitraje requiera la intervención de una institución administradora, si es que las partes no habían acordado nada al respecto o habían acordado un arbitraje *ad-hoc* y el tribunal arbitral considera conveniente cambiar el tipo de arbitraje. Se deben examinar los tipos de servicios administrativos necesarios, los disponibles y los costos que su utilización suponga. Algunos ejemplos de servicios administrativos son la disponibilidad de salas para audiencias o vistas y los servicios de secretarías.

Cuando los procedimientos son administrados por una institución arbitral la mayoría de los servicios administrativos son ofrecidos por ellas y, en el caso de arbitrajes *ad-hoc* o de audiencias, desahogo de pruebas o cualquiera otra actividad que se realice fuera de la sede de la institución arbitral, en un sitio en donde ésta no cuente con una representación, generalmente se solicita el apoyo de otra institución arbitral que sí esté ubicada donde se lleve a cabo la audiencia o el evento correspondiente. Para estos efectos existen acuerdos de cooperación entre los centros arbitrales. Los demás servicios no proveídos por los centros arbitrales están a cargo del tribunal arbitral o de su presidente e incluso en estos casos puede encontrarse una fuente conveniente de apoyo administrativo en las instituciones arbitrales que a menudo ofrecen sus servicios y, en caso de no encontrar el apoyo en estas instituciones, podrá intentarse en cámaras de comercio, hoteles, empresas especializadas en servicios de secretarías y otros servicios de apoyo.

Una decisión importante que se recomienda tomar en estas audiencias previas es la elección del Secretario del tribunal arbitral, quien es la persona que, como ya se mencionó, ejecutará toda la tarea administrativa bajo la dirección del mismo tribunal.²⁹⁷ En caso de decidir nombrar a un Secretario, Registrador o Administrador, se sugiere examinar y delimitar los tipos de tareas administrativas que aquél deba realizar.

5. Provisión inicial de fondos para sufragar las costas.

Por ser el arbitraje un servicio que conlleva una contraprestación pecunaria, siendo ésta una diferencia característica del litigio llevado ante tribunales estatales, y con el objeto

²⁹⁷ Véase supra pp. ____

de evitar controversias futuras a este respecto, se recomienda aclarar todos los aspectos relativos al pago de la administración del procedimiento arbitral, y de los honorarios de los árbitros.²⁹⁸

Debe considerarse que la mayoría de los reglamentos elaborados por las instituciones arbitrales claramente regulan esta parte del procedimiento; sin embargo, es recomendable que las partes y los árbitros aclaren los puntos siguientes en caso de que no se prevean en el reglamento aplicable o en caso de que decidan adoptar un compromiso en sentido contrario a lo establecido, siempre y cuando esto sea posible de acuerdo con la institución que administre el arbitraje:

- (i) De manera particular se puede determinar la suma que deberá depositarse, la cual es fijada sobre la base de una estimación de las costas y gastos del procedimiento y generalmente se le da el trato de anticipo. La estimación debe ser clara para no crear “sorpresas” al momento de recibir la cuenta final, y normalmente incluye los gastos de viaje y de otra índole de los árbitros, los gastos de la asistencia administrativa que necesite el tribunal arbitral, los costos de cualquier peritaje solicitado por el tribunal y los honorarios de los árbitros. Igualmente se debe aclarar si el depósito deberá efectuarse con cargo a todas las partes o sólo al demandante.
 - (ii) Aunque la mayoría de las instituciones incluyen en sus servicios la gestión y contabilidad del dinero depositado, es útil aclarar la manera de administrar esa suma, determinando la ubicación de la cuenta en que se ingresó el dinero, las personas facultadas para hacer movimientos en dicha cuenta y, en general, todo lo relacionado con la forma de su administración.
 - (iii) Finalmente, se recomienda regular las sumas complementarias que pudieran requerirse durante el transcurso del procedimiento, por considerar que las costas serán superiores de lo primeramente previsto, como sería el caso de gastos no considerados en un principio como el de los peritos.
6. Confidencialidad de la información relativa al arbitraje; posible acuerdo al respecto.

Como ya se mencionó, una de las principales características que definitivamente influye en los abogados y comerciantes para tomar la decisión de acudir al arbitraje, es la confidencialidad. El derecho interno de la mayoría de los países otorga la facultad a las partes para celebrar un acuerdo que establezca los límites correspondiente al tema de confidencialidad, que a nuestro juicio debe ser total.

El acuerdo de confidencialidad puede abarcar lo siguiente: (i) toda la documentación o información que se utilice dentro del procedimiento, como pueden ser los elementos de prueba y las alegaciones escritas y orales; (ii) el hecho mismo de que el arbitraje se está realizando; (iii) la identidad de los árbitros; (iv) el contenido del laudo arbitral; (v) las medidas para mantener la confidencialidad, tanto en la documentación e información como en las audiencias; (vi) los procedimientos especiales que deban emplearse para mantener la confidencialidad de la información transmitida por medios electrónicos (v.gr. *e-mail*), y;

²⁹⁸ Véase la tabla de honorarios de árbitros del CAM, infra Anexo V.

(vii) las circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial, por ejemplo, datos que ya sean del dominio público o si de acuerdo con la ley o el reglamento aplicables sea esto exigible.

7. Comunicación escrita entre las partes y los árbitros.

Se recomienda considerar las siguientes cuestiones, en caso de que no estén ya previstas en el reglamento aplicable o que, en este supuesto, se desee modificarlas, siempre y cuando esto sea posible: (i) determinar las declaraciones que deban presentarse por escrito; (ii) determinar las declaraciones que tienen derecho a presentar las partes; (iii) si se autorizarán declaraciones escritas con posterioridad a las audiencias; (iv) si la forma de presentar las declaraciones será consecutiva o simultánea; (v) la estructura de las declaraciones escritas;²⁹⁹ (vi) un calendario para la presentación de las declaraciones escritas; (vii) la forma de intercambiar estas declaraciones escritas, es decir, las diversas vías posibles de comunicación (puede ser vía directa o mediante la institución arbitral o el secretario del tribunal arbitral), y; (viii) el número apropiado de ejemplares que se deberá enviar al tribunal arbitral y a las otras partes.

8. Telefax y otros medios electrónicos de enviar documentos.

El arbitraje, como todas las instituciones jurídicas, debe ajustarse a los avances tecnológicos. Se recomienda establecer que los medios serán aprobados para enviar documentos entre las partes y el tribunal arbitral. Dentro de las opciones que podrían ser consideradas, dependiendo de la disponibilidad de equipo y programas informáticos adecuados, así como de la aptitud y capacidad de los interesados para utilizarlos, encontramos al telefax, correo electrónico y el intercambio de discos magnéticos y ópticos.

El telefax indudablemente representa grandes ventajas, sin embargo en ocasiones es recomendable que determinados documentos como son las pruebas escritas o dependiendo del tamaño de los mismos, se entreguen de mano a mano contra el recibo correspondiente. Es aconsejable decidir qué medio prevalecerá en caso de duda o conflicto. En caso de intercambio de medios electrónicos es recomendable determinar las características técnicas, los programas informáticos que se utilizarán para la preparación de expedientes o ficheros electrónicos, instrucciones para traducir los ficheros electrónicos al lenguaje ordinario, conservación de copias y ficheros de resguardo de las comunicaciones enviadas y recibidas, información consignada en lenguaje ordinario que deberá acompañar a los discos, procedimiento a seguir cuando se pierda un mensaje o el sistema de comunicación no funcione por otras razones, e indicación de las personas a quienes dirigirse, en caso de surgir un problema.

9. Disposiciones para el intercambio de escritos.

Como se puede deducir, en el proceso arbitral pueden existir gran número de escritos incluyendo la demanda y la contestación de la misma, por lo cual es recomendable que se aclaren aspectos relacionados con el intercambio de dichos documentos como es un calendario para la presentación de los escritos, tomando siempre en cuenta lo establecido

²⁹⁹ Véase un ejemplo de estructura de esta clase en el párrafo 3 del artículo 31 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CISDI.

por el Reglamento acordado, en caso de que éste exista. En ocasiones el tribunal arbitral preferirá no planificar de antemano la presentación de los escritos, y desee hacer esto durante el desarrollo del procedimiento. En caso contrario, es decir, cuando sea el tribunal arbitral quien establecer un calendario, el tribunal arbitral tiene discrecionalidad para recibir documentos fuera de dicho calendario. Igualmente, el tribunal arbitral podrá decidir a su libre juicio si recibirá documentos o no después de la o las audiencias realizadas durante el procedimiento. Generalmente aceptaría la recepción de estos documentos si son sobre alguna cuestión determinada que no ha sido tratada en la audiencia o si como consecuencia de la propia audiencia, se hubiere generado duda al respecto. Finalmente, se recomienda acordar si la presentación de documentos será consecutiva o simultánea.

10. Aspectos prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba (por ejemplo: método de presentación, ejemplares, enumeración, referencia).

Se recomienda adoptar medidas prácticas sobre los siguientes aspectos: (i) la utilización de documentos de papel o medios electrónicos; (ii) número y tamaño de ejemplares; (iii) sistema de numeración e identificación (se recomienda que se clasifiquen por orden cronológico o por materia, que se enumeren las hojas y los párrafos y que se denomine con un título a cada documento, así como que se utilicen métodos de etiquetas); (iv) forma de citar los documentos (por ejemplo por su título y el número asignado al documento o por su fecha), y en caso de traducciones, la forma en que éstas se presentarán.

11. Definición de los puntos controvertidos; orden por el que se resolverán; definición de la reparación o remedio que se solicite.

Esta parte podría considerarse como la médula espinal del documento que debe prepararse como resultado de la audiencia previa, aunque claro está que al evolucionar el procedimiento se deberá revisar este documento, pues deberá quitarse los puntos controvertidos ya resueltos y aumentar los que puedan surgir con posterioridad a la elaboración del mismo. Consiste básicamente en la preparación de la lista de puntos controvertidos, incluyendo el orden que se ha de seguir para resolverlos y terminando con la necesidad de definir con mayor exactitud la reparación o remedio que se solicita, en caso de que no esté muy claro.

La intención es delimitar la *Litis*, sin formular alegaciones. Podrían determinarse las cuestiones que cabría decidir con carácter preliminar, o si determinada cuestión debería decidirse en un laudo parcial antes de pasar a otras cuestiones (v. gr. la cuantía de los daños).

En ocasiones es conveniente declarar los hecho incontrovertidos, es decir, las partes pueden establecer que en determinadas cuestiones de hecho no existe controversia alguna, lo que simplificaría la práctica de las pruebas.

La importancia del orden en que se deban analizar los puntos controvertidos, radica en que algunos puntos pueden ser preliminares con respecto a otros, como sería el caso de la competencia del tribunal arbitral la cual es preliminar a las cuestiones de fondo del asunto. Puede considerarse apropiado resolver mediante un laudo arbitral parcial algunos puntos, como sería el caso nuevamente de la competencia del tribunal arbitral. Para tal efecto, se

otorgaría a las partes un plazo dentro del cual deberán presentar las estipulaciones por escrito al tribunal arbitral.

Creemos importante esta parte de la audiencia previa pues la determinación de los puntos controvertidos ayuda a centrar la atención de las partes sobre lo esencial de la controversia, facilitando la resolución rápida y concreta y la elección del procedimiento idóneo. Sin embargo, podría darse el caso de que dicha lista limite la flexibilidad al procedimiento, pero es por esa razón que se recomienda la revisión paulatina de la misma.

12. Posibilidad de negociar una solución amigable y efectos de esa negociación sobre el calendario del procedimiento.

En principio no hay que obstaculizar a las partes en su intento de resolver la controversia. No obstante, es recomendable que para llegar a una transacción la conferencia se limite a examinar lo siguiente: (i) situación en lo que respecta a conversaciones con miras a una transacción (limitado a si ha habido o es probable que haya conversaciones); (ii) si la posibilidad de celebrar conversaciones con miras a una transacción debería influir en el calendario del procedimiento arbitral, y; (iii) en tal supuesto, si desean actuar sobre la base de un conjunto de normas (como sería el caso del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI o el de la CCI).

Recordemos que, aunque el procedimiento de conciliación es un procedimiento independiente, el papel del tribunal arbitral a este respecto sería el de sugerir con cautela la apertura de negociaciones y, en este supuesto sería imposible continuar con la idea del arbitraje.

13. Prueba documental.

Ya se han mencionado algunos aspectos relacionados con los documentos que deben presentar las partes ante el tribunal arbitral, pero debe quedar muy claro todo lo relacionado con aquellos documentos que podrían ser el fundamento para que el tribunal arbitral resuelva el asunto en determinada dirección. Para tal efecto, se recomienda tratar lo siguiente:

- (i) La facultad que tendrá el tribunal arbitral para pedir a las partes la presentación de pruebas documentales;
- (ii) Establecer un calendario que prevea los plazos para la presentación de las pruebas documentales ofrecidas por las partes, así como las consecuencias de su presentación tardía. Por regla general no deben admitirse documentos fuera del calendario previamente fijado a menos que la parte interesada demuestre que se trata de una demora justificada;
- (iii) La determinación de aquellos documentos cuya autenticidad no se discute (la CNUDMI los denomina como "el legajo convenido"), y la forma de impugnación de aquellos cuya autenticidad se duda. Dentro de esta autenticidad de documentos se recomienda regular la necesidad de mencionar la exactitud de los asertos sobre el origen y la recepción de los documentos y sobre la conformidad de las fotocopias.

Como regla general se puede acordar que si, dentro de cierto plazo, las partes no formulan objeciones, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones partiendo de las siguientes hipótesis: (a) todo documento procede de la fuente en él indicada; (b) todo ejemplar de una comunicación expedida (por ejemplo carta, télex, telefax o algún otro medio electrónico) ha sido recibido por su destinatario sin necesidad de otra prueba, y; c) toda copia es conforme.

- (iv) La posibilidad de que las partes estén dispuestas a presentar un solo juego de pruebas documentales cuya autenticidad no se discuta y con la posibilidad de añadir nuevos documentos en el futuro. Así se evitaría la presentación por duplicado, pero sin que ello prejuzgara la posición de las partes con respecto al contenido de los documentos.
- (v) La posibilidad de pedirse que las pruebas documentales voluminosas y complejas sean presentadas en forma de resúmenes, cuadros, gráficos, extractos o muestras. Esta labor se puede encargar a un perito en la materia, por ejemplo a un contador público o a un ingeniero consultor, lo que ahorraría tiempo y dinero, y facilitaría el entendimiento de la información al tribunal arbitral.

14. Pruebas materiales distintas de los documentos.

Deben establecerse las disposiciones, medidas y calendario que regulen la presentación de las pruebas materiales, tales como: la inspección de muestras de mercado, ver una grabación de video o asistir a la demostración del funcionamiento de una máquina. Dentro de las medidas a tomar encontramos la custodia para los elementos de prueba y tratándose de una inspección *in situ*, el tribunal arbitral podrá considerar el momento y lugar de la inspección y la necesidad de evitar que haya contacto entre los árbitros y alguna de las partes en ausencia de la otra, con respecto a puntos controvertidos. La opinión de los empleados que asistan la inspección *in situ* no podrá ser tratada como prueba en el proceso, simplemente servirá como guía y fuente de explicaciones, ya que el lugar que haya de inspeccionarse estará con frecuencia bajo el control de una de las partes.

15. Testigos.

Es conveniente que se regule lo siguiente en relación con el modo de presentar y oír a los testigos:

- (i) La determinación de las personas que pueden ser testigos o por lo menos el establecimiento de limitaciones.
- (ii) La notificación previa al tribunal de todo testigo que se desee presentar. En el documento correspondiente deberá mencionarse la materia sobre la que el testigo declarará, el idioma que utilizará, la naturaleza de la relación del testigo con cualquiera de las partes, así como su competencia, experiencia y la forma en que le consten los hechos sobre los que declarará;
- (ii) La deposición por escrito de los testigos, aunque no siempre se requiere el testimonio por escrito tiene como gran ventaja que acelera el proceso.

- (iii) La práctica del interrogatorio de los testigos, como es: (a) determinar las personas que no podrán actuar como testigos; (b) orden en el que declararán los testigos; (c) el orden en el que se formularán las preguntas y la forma de interrogar a los testigos; (d) los casos en los que deberá presentarse el testimonio bajo juramento o promesa y la forma en la que se deberá presentar; (e) la presencia en la sala de testigos cuando no estén prestando testimonio, es decir, se recomienda que una vez terminada su participación, pasen a otra sala, y; (f) aclarar si las partes o sus asesores jurídicos pueden consultar y entrevistar a los testigos antes de dar su declaración.
- (iv) Deposition de representantes de una de las partes. En algunas legislaciones y ordenamientos arbitrales, se permite que ciertas personas asociadas con alguna de las partes sólo podrán ser oídas como representantes pero no como testigos.

16. Peritos y prueba pericial.

Se podrá dar facultad al tribunal arbitral para designar peritos, ya sea previa consulta a las partes o derivada de una decisión propia. La ventaja de solicitar la opinión de las partes es que pueden proporcionar las características requeridas en el perito, es decir, la especialidad, experiencia y competencia técnica. Igualmente tenemos la forma en que las partes pueden presentar pruebas periciales sobre puntos controvertidos, caso en el cual se recomienda establecer la necesidad de presentar, con anterioridad a la audiencia en que se presente el perito, una notificación al tribunal arbitral. En ambos casos se recomienda aclarar si el testimonio será oral o por escrito y la necesidad de que el perito se presente en una audiencia para responder a las eventuales preguntas, y, en general, la manera de desahogar esta valiosa prueba.

La relación jurídica existente entre el perito y la persona que lo manda llamar, pudiendo ser alguna de las partes o el propio tribunal arbitral, es la figura del mandato, cuyo objeto es especificar las cuestiones que tendrá que aclarar y evitar que se pronuncie sobre puntos que no le hayan sido sometidos. Se recomienda fijar un calendario para la presentación de esta prueba, en caso de que esto sea posible, y establecer que las partes contarán con la oportunidad para comentar el dictamen pericial, presentado cuando sea preciso los testimonios periciales correspondientes dentro de un plazo previamente establecido.

17. Audiencias.

En algunos casos podrá ser conveniente establecer que no es necesaria la celebración de audiencias, tomando en cuenta el grado de complejidad del asunto, la ubicación geográfica de las partes y el presupuesto para solucionar el asunto. En otros casos la celebración de las audiencias es incuestionable. Definitivamente con la ayuda de las audiencias, mediante una confrontación directa de los argumentos, se resuelven mejor y mas rápido los puntos controvertidos, que por simple intercambio de correspondencia. Sin embargo, un hecho práctico, como la dificultar de coordinar agendas para la celebración de la audiencia, podría retrasar considerablemente el procedimiento.

En la audiencia previa, entre otras cosas, se recomienda aclarar: (i) la conveniencia de celebrar una sola serie continua o varias series separadas de audiencias; (ii) el establecimiento de fechas para las mismas; (iii) si habrá declaración de apertura y de clausura; (iv) la duración de la audiencia y la conveniencia de limitar el tiempo total del que dispondrán las partes para presentar sus alegaciones orales e interrogar a los testigos; (v) el orden en el que las partes presentarán sus alegaciones y pruebas; (vi) si se permitirán declaraciones de réplica y contrarréplica, y en caso afirmativo, si deben observarse algunas limitaciones (v. gr. si la réplica o contrarréplica de una parte debe limitarse a cuestiones que figuren en la declaración anterior de la parte contraria); (vii) la forma de la práctica oral de los testigos; (viii) si se exigirá que los testigos presenten juramento o promesa, así como la forma que se hará, teniendo en cuenta la legislación del lugar del arbitraje que rija la presentación del juramento; (ix) si se necesitará interpretación, así como el pago de ésta; (x) si se efectuará una transcripción taquigráfica o un registro sonoro o audiovisual de la audiencia, así como el pago de ese servicio; (xi) la posibilidad de que se permita que las partes presenten notas con un resumen de su argumentación oral y momento de presentarlas, y; (xii) las medidas para dejar constancia de las audiencias

18. Arbitrajes multilaterales.³⁰⁰

Muchos problemas pueden derivar del análisis de este tipo de arbitrajes, de manera particular la redacción del acuerdo arbitral y la constitución del tribunal arbitral son dos cuestiones que plantean problemas especiales. Consecuentemente, todo el procedimiento hasta dictar, reconocer y ejecutar el laudo debe ser analizado. En caso de existir varias controversias, se deberá determinar los principales puntos en litigio en cada una, con miras a comprobar si sería útil dividir en etapas las actuaciones multilaterales; en caso de así decidirlo, la primera etapa podrá estar dedicada a las objeciones relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral y las siguientes etapas podrán centrarse en el orden adecuado de adopción de decisiones que de alguna manera constituyan decisiones preliminares en otra controversia.³⁰¹ En general, podemos decir que todos los puntos anteriormente analizados de los cuales se recomienda un análisis y una regulación en las audiencias previas, deberán ser tomados en cuenta de manera mas profunda y detallada en arbitrajes multilaterales. Entre los aspectos que pueden ser mas complejos tenemos: el intercambio de documentos entre las partes y el tribunal arbitral; el orden para decidir las cuestiones controvertidas, en caso de que las mismas deban decidirse en diferentes momentos; la forma en que las partes participan en la práctica de las pruebas testimoniales; el nombramiento de peritos y la participación de las partes en el examen de sus dictámenes; el calendario de las audiencias y el orden para presentar sus alegaciones y pruebas.

La lógica nos conduce a concluir que si bien han resultado útiles y necesarias las conferencias previas en los arbitrajes bilaterales, con mayor razón se debe fomentar su utilización en los arbitrajes multilaterales, pues permitirán un desarrollo positivo de este

³⁰⁰ Véase supra pp. ____

³⁰¹ Por ejemplo, los hechos que deban establecerse en una controversia pueden ser pertinentes en otra controversia, o la existencia de responsabilidad que se deduzca en una controversia puede influir en la decisión de otra controversia. La decisión adoptada en una controversia puede influir en la postura que adopte una parte en otra controversia, caso en el cual la parte interesada tiene la oportunidad de presentar sus alegaciones. Si algunas cuestiones no afectan a todas las partes, para ahorrar tiempo y dinero será posible llevar a cabo las audiencias de tal manera que cada parte sólo tenga que estar presente en las que le conciernen.

tipo de operaciones y evitarán que las controversias reunidas en un arbitraje multilateral se rijan por acuerdos de arbitraje no armonizados (v.gr. que remitan a diferentes reglamentos de arbitraje).

19. Posibles requisitos en materia de archivo o comunicación de los laudos arbitrales.

A este respecto, las partes y el tribunal arbitral deben determinar quién adoptará las medidas necesarias con los requisitos aplicables. Si se trata de un arbitraje institucional, generalmente la institución es la encargada de comunicar el laudo a las partes y posteriormente de archivarlo, respetando siempre la obligación de confidencialidad a que ya se ha hecho referencia. En caso de un arbitraje *ad-hoc*, creemos que el secretario o el propio tribunal arbitral deben comunicar el laudo, y el archivo puede encargarse a una institución arbitral para que pueda conservarse como fuente de investigación.

3.2. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

"PROCESO. (lat. *processus*) || Der. Conjunto de actos procesales que se inician con la presentación de la demanda y terminan cuando concluye por las distintas causas admitidas por la ley. ||"³⁰² Cualquier acción, audiencia, investigación, indagatoria, o encuesta (ya sea conducida por una corte, agencia administrativa, oficial de audiencias, árbitro, cuerpo legislativo, o por cualquier persona autorizada por ley) en la cual, de acuerdo con la ley, se puede obligar a dar un testimonio.³⁰³

"JUICIO ARBITRAL. El de carácter voluntario en el que las partes someten su controversia a la resolución de uno o varios árbitros."³⁰⁴ Proceso de resolución de controversias en donde una tercera parte (árbitro) dicta una decisión después de una audiencia en la cual ambas partes tienen derecho a ser escuchadas.³⁰⁵

El proceso arbitral nace convencionalmente y ha cambiado según la influencia cultural de los pueblos y las épocas, pero en su base han quedado las directrices inalterables de los procedimientos de buena fe. Consecuencia de lo anterior, son las breves fórmulas de trámite y de mecánica procesal, como son la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones.

El procedimiento arbitral inicia en *stricto sensus*, cuando el tribunal arbitral está formado y continúa con una serie de actos cuyo final es la expedición del laudo arbitral. En dicho proceso las partes pueden presentarse representadas o asesoradas.

Como ya se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, los procesos arbitrales cuentan con flexibilidad, característica que permite adaptar las necesidades de cada caso a este recomendable medio de solución de controversias. De manera general, se puede decir que las etapas indispensables dentro de cualquier proceso

³⁰² Palomar de Miguel, Juan, **Op.cit.** nota al pie No. 1, p. 1084.

³⁰³ Traducción de la definición contenida en el Código de Evidencias del Estado de California, EUA. (901).

³⁰⁴ Véase **idem**, p. 758.

³⁰⁵ Traducción de la definición contenida en el caso: *Wauregan Mills Inc. v. Textile Workers Union of America, A.F.L.C.I.O.*, 21 Conn.Sup 134, 146 A.2d 592, 595.

arbitral son: la formación y aceptación del tribunal arbitral,³⁰⁶ la demanda, la contestación de la misma, los medios de confirmación y el laudo o sentencia arbitral.

Compartimos la opinión de Alejandro Ogarrío al sostener que el pilar fundamental en el procedimiento arbitral es el principio de la “autonomía de la voluntad de las partes”, cuya principal restricción es la denominada “Regla de Oro”, que es precisamente el segundo pilar que sostiene esta fuerte estructura. De conformidad con dicha regla las partes deberán ser tratadas con total igualdad y hacer valer plenamente sus derechos. La idea de igualdad se aprecia bien en la Ley Modelo de la UNCITRAL en donde se requiere: enviar una copia de todos los documentos a cada parte y a cada árbitro, que el árbitro no pueda discutir el asunto sin que estén todas las partes presentes, que toda comunicación de los árbitros sea informada a todas las partes y, que toda decisión sea discutida por todos los miembros del tribunal arbitral.

Cualquier pacto en contrario a esta Regla de Oro deberá ser considerado nulo, pues aunque el principio rector en las relaciones comerciales es la autonomía de la voluntad de las partes, éstas no pueden, por ejemplo, acordar que las facultades del tribunal arbitral vayan en contra del orden público o que sus decisiones afecten a terceros.

En el procedimiento arbitral es indudablemente mas efectivo el “convencer” que el “imponer medidas”, lo que significa que los árbitros deben tomar en cuenta que lejos de actuar como dictadores cuyas decisiones deben ser incuestionables, deben tratar de hacer ver a las partes que sus decisiones son el punto justo para cada situación.

El tribunal arbitral, entre otras facultades tiene la de decidir sobre su propia competencia y dictaminar las providencias precautorias.³⁰⁷ Estas providencias generalmente se obedecen voluntariamente para no contradecir a quien va a resolver el arbitraje, aunque formalmente no existe obligación de acatarlas por carecer los árbitros de la facultad de imperio. Para obligar a las partes a acatarlas, el árbitro tendría que solicitar la asistencia de un juez, respetando lo establecido en los tratados internacionales. Igualmente, existe la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo provisional.³⁰⁸

En lo que atañe al procedimiento, debemos continuar haciendo la separación del arbitraje *ad-hoc* frente al institucional.

En el arbitraje *ad-hoc*, las partes establecen la forma y términos en que se va a desahogar el procedimiento, atendiendo a las necesidades del caso concreto. Sin embargo, lo recomendable es que no se arriesguen tratando de redactar sus propias reglas, ya que es mucho mejor que adopten algunas previamente acordadas por alguna institución con amplia experiencia; de no ser posible, se sugiere dejar total libertad al tribunal arbitral para que decida. En el arbitraje institucional, el procedimiento será el previsto en las reglas del organismo de que se trate, pudiendo modificar en algunas ocasiones algunos preceptos, aunque existen algunos de ellos que no permiten modificación como es el caso de que el

³⁰⁶ La aceptación del árbitro es un acto esencial para la constitución del arbitraje, ya que fija la responsabilidad del árbitro ante las partes, quedando obligado a conocer la controversia y a dictar el laudo. Treviño, Julio C., **Op.cit.** nota al pie No. 126, p. 329.

³⁰⁷ Véase supra pp. ____

³⁰⁸ Véase infra pp. ____

laudo sea revisado por la Corte de Arbitraje de la CCI, cuando el asunto se administre por esta institución.

Dentro del arbitraje, los procedimientos pueden ser tan distintos entre sí, como lo son las disputas que los ocasionan. Por esa razón, solamente queremos destacar la importancia que tiene la voluntad de las partes en el arbitraje *ad-hoc* y las reglas de las distintas instituciones en el arbitraje institucional. Respecto a la supletoriedad de estas reglas, estén establecidas por las partes o por alguna institución, y en caso de que el lugar sede del arbitraje sea México, se aplicará el derecho arbitral mexicano, por lo que éste se analizará mas adelante.

3.3. LA ETAPA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Como parte del procedimiento arbitral, la etapa de pruebas se sujeta a lo acordado por las partes, regulándose generalmente sus límites y condiciones en las audiencias previas.³⁰⁹ En el procedimiento arbitral se permiten las pruebas que las partes quieran o, en caso de que no se diga nada y de que se otorgue discrecionalidad al tribunal arbitral, las que éste estime convenientes.

Se ha considerado la necesidad de regular esta etapa del procedimiento, pues no siempre se contará con el acuerdo de las partes y, si se cuenta con éste, no siempre será provechoso.

La CNUDMI ha determinado que las prácticas de pruebas en los procedimientos arbitrales siguen diferentes modelos.

1. El sistema adversarial. Bajo este modelo, corresponde fundamentalmente a las partes reunir pruebas y presentarlas al tribunal arbitral, quien no desempeña un papel activo en el proceso probatorio. Las pruebas básicas se presentan en forma de testimonio verbal y la parte que niegue el hecho puede comprobar dicho testimonio mediante el examen contradictorio del testigo.
2. El sistema inquisitorial. En este sistema, si bien se mantiene el principio de que las partes tienen que demostrar los hechos que se alegan en su favor, permite que el tribunal arbitral tome la iniciativa en la práctica de pruebas.

En la práctica, según la CNUDMI, desaparece la línea que divide los dos sistemas y se prefieren seguir modelos híbridos. En cuanto a los distintos reglamentos que regulan la materia del arbitraje, éstos en general no regulan de manera específica esta parte del procedimiento, siendo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI el que más se ocupa de estas cuestiones y, como resultado, se dejan a la discreción del tribunal arbitral muchas cuestiones del procedimiento probatorio. Para solucionar estos problemas existe el propósito de elaborar un conjunto de normas sobre las pruebas contractuales que las partes

³⁰⁹ Véase lo relativo a la prueba testimonial, material y documental en la audiencia previa a las actuaciones arbitrales, *supra*. pp. ____

pueden convenir; no obstante, esta normatividad podría constituir un inconveniente al limitar al principio de flexibilidad que caracteriza al procedimiento arbitral.

Por su parte, el Consejo de la Asociación Internacional de Abogados (AIA) aprobó en 1983 las Normas Complementarias que Rigen la Presentación y Recepción de la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional.³¹⁰ La AIA recomienda su incorporación en las normas institucionales y demás normas o procedimientos generales que rijan los arbitrajes comerciales internacionales. Lo positivo de estas normas es que, por una parte, son muy detalladas y, por la otra, permiten al tribunal arbitral un elevado grado discrecional para actuar de manera distinta a la prescrita en las normas (autoriza al tribunal arbitral para "ejercer todas las facultades que estime necesarias para hacer efectivo el arbitraje y su substanciación eficaz en cuanto a la práctica de pruebas").

Otra posible solución es formular una guía que examine posibles métodos para llevar a cabo esta práctica y que quizá incluya también varios modelos de normas que las partes podrían convenir en aplicar.³¹¹

3.4. EL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL.

"LAUDO. (de laudar.) m. Der. Decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores, resolviendo un asunto sometido a su consideración."³¹² "Es la desición o determinación dada por árbitros o comisionados, u otras personas privadas con facultades de decisión, respecto a una controversia sujeta a ellos. El documento conteniendo dichas decisiones."³¹³

Como se deduce de las definiciones antes transcritas, el procedimiento arbitral termina con la decisión de la entidad o autoridad que analizó la disputa, que en este caso se llama "laudo o sentencia arbitral". Los reglamentos arbitrales establecen un término para que el tribunal arbitral dicte el laudo, el cual es generalmente prorrogable a criterio del propio tribunal o de la institución, según se señala en las reglas.

Existen tres tipos de laudos arbitrales:

1. Laudo final. Indica la terminación de las actuaciones dentro del procedimiento que se refiere al fondo del asunto poniendo fin al mismo, basado en todos los documentos y demás pruebas aportadas por las partes.

³¹⁰ Estas normas están publicadas en un folleto de la AIA. También están publicadas en *"Yearbook Commercial Arbitration"*, Kluwer, Deventer; vol. X-1985, p. 152, y en *"Arbitration International"*, vol 1, No. 2, 1985, p. 119. Véase el resumen del contenido de dichas normas en los párrafos 30 a 38 de *idem*, p. 12.

³¹¹ La idea de establecer directrices para presentar pruebas en procedimientos de arbitraje se examinó en el Quinto Congreso de Arbitraje Internacional en Nueva Delhi, 1975, cuyos informes se publicaron en *"Indian Council of Arbitration"*.

³¹² Palomar de Miguel, Juan, *Op.cit.* nota al pie No. 1, p. 776.

³¹³ Traducción de "award" contenida en *"Black's Law Dictionary"*, Centennial Edition (1891-1991), West Publishing Co., Sixth Edition, 1990, p.137.

2. Laudo interlocutorio (*interim*). Se dicta durante un procedimiento relativo a cuestiones incidentales. Su fundamento se encuentra en la discrecionalidad del tribunal arbitral para llevar a cabo el procedimiento.
3. Laudo por acuerdo de las partes. Se da en caso de que las partes lleguen a una transacción durante el procedimiento que ponga fin al conflicto.

El laudo o sentencia arbitral que dicta el tribunal arbitral debe estar por escrito y en el supuesto que dicho tribunal esté integrado por más de dos árbitros, se deberán tomar las decisiones por mayoría, dejando constancia de la razón por la cual no lo firmaron los demás y, observando, en caso de empate, lo que diga el presidente del tribunal.

El laudo arbitral, además de referirse al fondo del asunto, debe considerar las costas del arbitraje. Las instituciones arbitrales y la práctica en los arbitrajes *ad-hoc* prevén que las partes otorguen una garantía consistente en una provisión de fondos, y lo justo es que todos los gastos derivados del arbitraje sean solventados por la parte que originó el conflicto; sin embargo, debe atenderse a lo pactado por las partes para resolver al respecto. Las costas deben incluir tanto los gastos administrativos del procedimiento como los honorarios y gastos eventuales del tribunal arbitral, así como los honorarios y gastos de los peritos si los hubiere y los gastos normales realizados por las partes para su defensa.

Es importante señalar la seguridad que otorgan algunas instituciones arbitrales a las partes respecto del laudo, como es el caso de la CCI, ya que establecen la obligación del tribunal arbitral de someter el proyecto del laudo a la institución antes de firmarlo, sin importar que se trate de un laudo parcial o final.³¹⁴ En el supuesto anterior, la institución únicamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma del laudo, y respecto del fondo puede llamar la atención del tribunal arbitral, respetando su libertad de decisión.

El laudo arbitral se considera pronunciado en el lugar sede del arbitraje y en la fecha de firma del tribunal arbitral. Dictado el laudo, se notifica a las partes siempre y cuando los gastos de arbitraje hayan sido íntegramente pagados, ya sea al tribunal arbitral o a la institución arbitral, según sea el caso.³¹⁵

Una vez fallado el laudo, no se puede modificar la esencia de su contenido; en todo caso, se podrá cambiar por cuestiones mecanográficas o de cálculo (numéricas). Esto no quita la posibilidad de que posteriormente a su fallo se aclare el laudo en caso de que sea oscuro y poco claro.

Existe diferencia entre el laudo dictado en un arbitraje en derecho y el que resulta de otro en equidad, ya que en el primero, el laudo debe ser fundado y motivado de acuerdo a las reglas que anteriormente se hubieren seleccionado para resolver el asunto, y en el segundo, por tratarse de un laudo dictado en conciencia, no se requiere de esa justificación.³¹⁶

³¹⁴ Los árbitros están facultados para dictar sentencias sobre cuestiones incidentales y sobre las cuestiones previas (laudos parciales) que sean necesarias resolver a fin de analizar el fondo de la disputa (laudo final).

³¹⁵ En cualquier momento y exclusivamente a las partes que lo soliciten, se pueden expedir, por el Secretario, copias certificadas del laudo arbitral.

³¹⁶ Véase supra p. 74.

Igual que en los puntos anteriormente tratados, se debe analizar si estamos en presencia de un arbitraje *ad-hoc* o de uno institucional, para acatar lo que dicen las reglas aplicables a todo lo relacionado con el laudo arbitral.

Una pregunta que puede surgir al hablar del laudo arbitral, es sobre si el tribunal arbitral tiene facultades suficientes para declarar daños punitivos a la parte perdedora.³¹⁷ Al respecto, podemos decir que los daños punitivos no constituyen una reclamación sino un remedio, por lo que si no se logra la reparación de estos daños mediante el arbitraje, no se puede después buscar por otras vías por tratarse de cosa juzgada, *res judicata*.

La cuestión de daños punitivos no surge normalmente en jurisdicciones distintas a la de los Estados Unidos de América. De acuerdo con M. Scott Donahey,³¹⁸ existen varias situaciones en el arbitraje donde los daños punitivos pueden surgir:

1. Cuando las partes dan poderes específicos o amplios en el acuerdo arbitral, autorizando al tribunal arbitral para otorgar daños punitivos. Aun cuando las partes, mediante su acuerdo, hayan expresamente facultado al tribunal arbitral para condenar daños punitivos, no siempre es claro si pueden ejercerlos. Las cortes en el Estado de Nueva York consideran que aunque exista tal acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral no puede condenar estos daños, pues la sanción de daños punitivos se reserva al Estado y ya que la ejecución de un laudo de daños punitivos sería una decisión totalmente privada, violaría fuertemente al orden público y como consecuencia, todo laudo en este sentido debe ser nulo.³¹⁹ Cortes en otros estados de la unión Americana como Alabama permiten a los árbitros otorgar daños punitivos.
2. Cuando las partes seleccionan una legislación substantiva que permite o no el laudo con daños punitivos en procedimientos arbitrales. Cuando la ley de Nueva York por ejemplo, es estipulada como la ley de acuerdo con la cual se resolverá el fondo del asunto y si el lugar del arbitraje es otro Estado de los Estados Unidos en donde las cortes no prohíben a las partes otorgar poderes a los árbitros a este respecto mediante su acuerdo arbitral, algunas cortes han concluido que las partes de manera indirecta, mediante la elección de la ley substantiva, han acordado no otorgar tal facultad al tribunal arbitral, basándose en que la prohibición es parte de la ley substantiva del Estado de Nueva York.
3. Cuando el arbitraje es ventilado en una jurisdicción que permite a los árbitros otorgar daños punitivos. En contraposición a lo mencionado en el inciso anterior,

³¹⁷ Los pago a los daños punitivos es aquél que el actor o demandante recibe en una escala o proporción mayor al daño material causado. El fundamento del pago de la cantidad exorbitante es el hecho de que el daño recibido fue agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude o una conducta lasciva o cruel por parte del demandado y la finalidad es compensar al actor por tormento mental, laceración en sus sentimientos, degradación o cualquier otra agravante del daño original. Estos daños también son conocidos como “vindicatorios” y tienen una mayor aplicación en el sistema del *common law*. Véase el caso: *Wetherbee v. United Ins. Co. of America*, 18 C.A.3d 266, 95 Cal. Rptr. 678,680.

³¹⁸ Socio del despacho, *Holtzmann Wise & Shepard*. Véase Artículo denominado “Award of Punitive Damages”, *Singapore International Arbitration Centre Magazine*, Abril 1994.

³¹⁹ Véase el caso *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.* (40N.Y.2d354).

ciertas cortes han sostenido que la facultad de otorgar poderes al tribunal arbitral para sancionar los daños punitivos deriva del ámbito procesal, es decir de la ley arbitral (*lex arbitri*) del lugar del arbitraje, por lo que no existiría ninguna limitación.³²⁰

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha sostenido que las cortes en este país deben rehusar ejecutar los daños punitivos, cuya base sea la ley extranjera, contenidos en un laudo arbitral extranjero, bajo la causal de ir en contra del orden público (art. V Convención de NY) pues va en contra de la Ley *Antitrust* norteamericana.³²¹ En conclusión, cuando las partes acuerdan facultar al tribunal arbitral para otorgar daños punitivos en arbitrajes comerciales internacionales, los árbitros deben hacerles saber el riesgo que corren en la posible negación de la ejecución del laudo arbitral, ya que el carácter de orden publico puede ser invocado por el juez correspondiente.

Las dos características mas importantes del laudo arbitral son las siguientes:

1. La definitividad: significa que por el simple hecho de haber acordado las partes someter la solución de la controversia a arbitraje, renuncian a cualquier recurso que pudieran utilizar, con excepción de reclamar la ilegalidad de ese documento por no haber sido dictado por persona competente o por no haber seguido el procedimiento establecido en las normas adjetiva aplicables, o no haber utilizado el derecho sustantivo acordado; es decir, que no esté de acuerdo con lo convenido en el acuerdo arbitral.
2. La ejecutorialidad: significa que las partes se obligan a ejecutar o cumplir sin demora el laudo o sentencia arbitral.³²² Sin embargo, es difícil saber qué significa "sin demora", ya que la parte perdedora podría alegar que necesita mucho tiempo para poder cumplir dicha decisión arbitral. Al respecto el derecho mercantil internacional tiene una solución a este problema a través de la Convención de Nueva York.

3.5. EJECUCION DEL LAUDO ARBITRAL.

Como ya lo habíamos mencionado, los árbitros no tienen facultad de imperio y por tal razón es imposible que ellos coactivamente obliguen a las partes a cumplir con lo dictado por el laudo arbitral; sin embargo, las partes tienen la posibilidad de acudir ante un juez, quien si tiene la facultad de imperio, para solicitarle que ejecute el laudo fallado por el tribunal arbitral. Tratándose de sentencias dictadas en el extranjero, existe la Convención

³²⁰ Las cortes federales de los Estados Unidos de América han permitido en varias ocasiones que los árbitros otorguen daños punitivos, sugiriendo que la ley arbitral para arbitrajes internacionales es la Ley Federal Arbitral de los EUA sin importar que cada Estado tenga su propia legislación arbitral interna.

³²¹ Véase el caso *Mitsubishi Motors Corp. V Soler Chrysler-Plymouth* (105 S.Ct.3346(1985))

³²² Según el Dr. Ottoarndt Glossner, el 90 % de las sentencias arbitrales resultado de procedimientos ante la CCI son cumplidas voluntariamente. Véase Glossner, Ottoarndt, "*The Influence of the International Chamber of Commerce upon Modern Arbitration*", "*60 years of ICC Arbitration, a Look at the Future*", ICC Publishing, S.A., 1984, París, France, p. 403.

de Nueva York que regula precisamente el reconocimiento y ejecución de este tipo de laudos arbitrales.³²³

En caso de solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, ni el juez inferior ni el tribunal superior podrán examinar ni decidir sobre la justicia o la injusticia del fallo ni sobre los fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose únicamente a examinar su autenticidad y si es o no ejecutable, conforme al derecho aplicable.³²⁴

3.6. LA CONVENCION DE NUEVA YORK.

Definitivamente la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”, conocida simplemente como la “Convención de Nueva York” es el documento internacional de mayor importancia en cuanto a arbitraje comercial internacional se refiere.³²⁵ Esta Convención se creó bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas abarcando lo previsto por las convenciones de 1923 y 1927 con mejoría de sus textos, ya que estas convenciones, también conocidas como de Ginebra, establecían que la parte que invocara la ejecución del laudo debía probar que se habían cumplido las condiciones requeridas para su eficacia. La Convención de Nueva York adoptó un sistema basado en la premisa de que el laudo constituye un instrumento al que debe otorgarse entera fe y crédito; establece la presunción de que la sentencia arbitral es obligatoria, dejando a la parte condenada la carga de la prueba para demostrar lo contrario.³²⁶

La Convención de Nueva York se abrió a firma en esa ciudad, del 10 de junio al 31 de diciembre de 1958, para todo miembro de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado que sea o llegue a ser miembro de cualquier organismo especializado de la ONU, o llegue a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o de todo otro Estado que haya sido invitado por la Asamblea General de la ONU. Es relevante el que los Estados Unidos de América, Canadá y México sean parte de la Convención,³²⁷ pues

³²³ Véase infra pp. ____

³²⁴ Véase infra pp. ____

³²⁵ Véase texto completo de la Convención en el Anexo No. I de este libro.

³²⁶ En su artículo VII-2, la Convención establece que desde el momento que tenga fuerza obligatoria para los estados contratantes, se abroga el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

³²⁷ Aprobada sin reservas por el Senado mexicano, según decreto publicado en el DOF el 14 de noviembre de 1970. El depósito del instrumento de adhesión de México al Secretario General de la ONU se efectuó el 14 de abril de 1971. Publicada en el DOF el 22 de junio de 1971. Estados Unidos de América ratificó la Convención de Nueva York el 30 de septiembre de 1970, estableciendo en las declaraciones y reservas, que; i) únicamente se aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante, y; ii) que solo aplicará la Convención a las diferencias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no de carácter contractual, consideradas de naturaleza mercantil conforme a la ley nacional. Dichas declaraciones y reservas las realizó con fundamento en el artículo I-3 del propio ordenamiento jurídico. Canadá ratificó dicha Convención el 12 de mayo de 1986, estableciendo como declaraciones y reservas, que únicamente aplicará la Convención a las diferencias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no de carácter contractual, consideradas de naturaleza mercantil conforme a las leyes de Canadá, excepto en el caso de la Provincia de Quebec, donde la ley no prevé esa limitación. Véase **Documento A/CN.9/368**, "Situación de las Convenciones", Nota de la

representa un alto grado de seguridad jurídica para las operaciones comerciales entre los miembros del TLC. El texto de la Convención se redactó en chino, español, francés, inglés y ruso. Ningún Estado contratante podrá invocar las disposiciones de la Convención respecto de otros estados contratantes más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar tal instrumento.

La Convención regula el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. La expresión "sentencia arbitral" comprende tanto a las sentencias dictadas en arbitrajes *ad-hoc*, como en sentencias dictadas en arbitrajes institucionales.

El nombre de la Convención es inapropiado, pues dicho documento no solamente se encarga de regular el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales sino también de los acuerdos arbitrales, reconociendo que una falta legal en el último, conllevaría a una en el primero.

La Convención de Nueva York prevé tres reservas que los países miembros podrán adoptar.³²⁸

1. Que los países sólo ejecutarán los laudos de Estados partes de la Convención (esta reserva ha sido hecha por mas de 60 estados).
2. Reciprocidad, es decir, que los Estados partes ejecutarán las sentencias de cualquier Estado pero de aquéllos que no sean parte de la convención, solamente lo harán cuando éstos también ejecuten laudos extranjeros.
3. Comerciability, es decir, que solo ejecutarán laudos sobre materias que sean consideradas comerciales en sus derechos internos.

Referente al acuerdo arbitral, la Convención es su artículo II, el cual ha sido considerado por José María Abascal como la base del derecho arbitral contemporáneo, menciona los tres grandes pilares del arbitraje (i) la necesidad de un acuerdo por escrito;³²⁹

Secretaría, Asamblea General de las Naciones Unidas, 25o. período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, del 4 al 22 de mayo de 1992, pp. 9.

³²⁸ Artículo I.

³²⁹ "Artículo II.

1. 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, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

(ii) la necesidad de una relación jurídica determinada entre las partes y; (iii) que la controversia sea susceptible de ser resuelta por arbitraje.

El laudo arbitral no requiere ser homologado³³⁰ en el país en el que se emite, simplemente se requiere que la parte que ganó lo lleve al país en donde se ejecutará cumpliendo dos condiciones:³³¹ (i) que se presente el original del laudo arbitral debidamente autenticado o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. En caso de que se trate de otro idioma distinto al del país en donde se solicita el reconocimiento y la ejecución, se deberá acompañar una traducción certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular, y; (ii) que se acompañe el original del acuerdo arbitral, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

La ejecución del laudo arbitral se concederá de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde se invoca y para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costos más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales nacionales.

El artículo V de la Convención de Nueva York, así como los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo de la UNCITRAL son de suma importancia, ya que contienen las causas bajo las cuales la corte que tenga jurisdicción secundaria en el procedimiento arbitral puede rechazar la ejecución del laudo arbitral, bajo el entendido de que esos factores afectan la validez de dicha decisión. La solicitud para no reconocer o ejecutar el laudo arbitral deberá ser realizada a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución alguna de dichas causales, pues se considera que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.

De suma relevancia es resaltar el hecho de que el artículo se refiere a que la parte interesada debe probar (“si esta parte prueba”) alguna causal, y aun si la parte puede probar dicha causal, se deduce la discrecionalidad del juez, ya que el artículo menciona que “solo se podrá denegar”, no dice “se denegará”. Las causas son “estrictas” y no cabe ningún tipo de interpretación. Las causales a que se ha hecho referencia son:

1. Incapacidad de las partes.

“Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Art II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o”

La propia Convención establece que el acuerdo por escrito abarca la cláusula arbitral o compromisoria, el compromiso arbitral y el convenio arbitral cuya breve explicación se hizo anteriormente. Véase supra pp. ____

³³⁰ Homologación es la sentencia que en algunos países pronuncian los tribunales para dar fuerza jurídica a los laudos de los árbitros y convertirlos en sentencias verdaderas, con eficacia ejecutiva. El Código actual se aparta de este sistema. En algunas legislaciones de otros países no sucede así y sostienen que los laudos no son verdaderas sentencias mientras no son homologados. Véase **Op.Cit.** nota al pie No. 146, p. 403.

³³¹ Artículo IV.

La corte puede deducir que las partes no tenían capacidad de acuerdo con la legislación aplicable al contrato o, en caso de no mencionar ninguna legislación aplicable, de acuerdo con la ley del lugar del arbitraje. Esta limitación incluye incompetencia por insanidad mental, minoría de edad, falta de autorización corporativa y falta de la autorización de un agente. En algunos casos y siempre y cuando sea demostrable, la coacción al momento de expresar la voluntad (*duress*)³³² también podría ser considerada una falta de capacidad.

2. Falta de debida notificación.

“Que 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 o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o”

Las partes deben ser notificadas correctamente de la designación del tribunal arbitral y, una vez constituido, este tribunal debe observar un proceso debido y justo, notificando a todas las partes cualquier movimiento en el procedimiento para darles la oportunidad de hacer valer sus derechos. Como estos conceptos pueden variar de un sistema jurídico a otro, se recomienda apegarse a lo establecido por las reglas acordadas y en caso de laguna o duda utilizar las reglas naturales de la justicia. Si la jurisdicción primaria del arbitraje se llevo a cabo sin garantizar la “Regla de Oro”³³³ del procedimiento arbitral, no es de esperarse que la segunda jurisdicción ejecute el laudo correspondiente.

3. Exceso de los poderes otorgados a los árbitros.

“Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o”

Esta ha sido la causal mas invocada al solicitar la de nulidad del laudo arbitral ya que el ámbito de aplicación de exceso de poderes es muy amplio y depende de cada jurisdicción. Inclusive, podría ser argumentado que la decisión que manifiesta un error de derecho de la ley es un exceso de autoridad dado al tribunal arbitral, aunque el criterio a utilizar deberá ser argumentado y motivado por el juez competente.

4. Composición del tribunal arbitral.

“Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal

³³² Así es conocido en el sistema del *common law*.

³³³ Véase supra pp. ____

acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o”

El fundamento de esta fracción es la naturaleza consensual del procedimiento y por lo tanto la composición del tribunal arbitral debe estar totalmente de acuerdo con la voluntad de las partes. Aunque esta es una materia que le toca analizar propiamente a la jurisdicción primaria del tribunal arbitral, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo facultan a la jurisdicción secundaria de las cortes para poder negar la ejecución del laudo cuando el tribunal no se haya constituido de conformidad con el acuerdo de las partes.

5. El laudo arbitral no es final.

“Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.”

Cuando exista pendiente algún recurso de nulidad o cualquier apelación previsto por la legislación aplicable y otros procesos de revisión estén pendientes, como sería el caso de la revisión de la Corte de Arbitraje de la CCI, la ejecución del laudo será negada.³³⁴

Mientras que las cinco causas ante mencionadas se relacionan con errores o materias derivadas de la primera jurisdicción, se prevén otras dos causas relacionadas con la jurisdicción secundaria.

6. No arbitrabilidad.

“Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o”

Como ya se mencionó, la doctrina de las materias arbitrables tiene como regla principal que solamente las disputas que envuelven directamente a las partes y sujetas a su previo acuerdo podrán ser resueltas mediante arbitraje. Si existen intereses públicos en la disputa, entonces será imposible su resolución mediante este método.³³⁵

7. Orden público de la jurisdicción secundaria.

“Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

Se niega la ejecución bajo la justificación de que dicha ejecución va en contra del orden público. El contenido de orden público varía de un sistema legal a otro y la aplicación de esta causal provee cierta inseguridad jurídica en esta última etapa del procedimiento arbitral. Todo depende de las actitudes de las cortes que mediante jurisprudencia irán restringiendo esta amplitud de actuación. Cortes americanas han

³³⁴ Si se da el supuesto contemplado en este inciso del artículo, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

³³⁵ Véase supra pp. ____

restringido esta causa a laudos arbitrales extranjeros.³³⁶ En Inglaterra, como en países de Asia, se aplica la opinión de *Donaldson MR* quien dijo que un laudo arbitral no debe ser negado a ejecución bajo la causa de ir contra orden público, excepto cuando haya elementos de ilegalidad o que la ejecución sea claramente contraria al bien público o, posiblemente, que la ejecución sea completamente ofensiva al razonamiento ordinario y miembros del público en cuya representación son ejercidos los poderes del estado.³³⁷

En el caso de México, nuestras cortes deben evitar a que esta causal pueda quedar sujeta a interpretaciones equívocas y discrecionales y representar un obstáculo para alcanzar todos los beneficios que encontramos en el arbitraje comercial internacional. Para garantizar lo anterior, se reconoce, como se ha hecho en países con amplia experiencia al respecto, que existen dos tipos de orden público: (i) interno o nacional y (ii) internacional. La Convención de Nueva York se refiere al orden público internacional y no a un concepto nacional, pues como ya mencionamos puede variar de país a país. La cognotación internacional se refiere a casos como el genosidio, esclavitud o que la materia no sea susceptible de arbitraje y en el caso de México ésta es la cognotación de orden público a que se refiere el artículo 1457 del Código de Comercio. En otras palabras, respetar el orden público es dar la igualdad de derechos a las partes y no afectar bienes de terceros que no tengan participación directa en el procedimiento arbitral.

Existen dos sentencias arbitrales, una alemana y otra suiza que han sido muy importantes a este respecto, estableciendo que se está en contra del orden público internacional cuando estamos en presencia de cualquiera de estos dos principios:

1. La negación de los elementales principios de justicia.
2. La ruptura de la economía interna.

Si bien estos principios son muy abstractos y subjetivos, son un buen parámetro para determinar esta causa de no reconocimiento y ejecutabilidad de los laudos arbitrales.

Como hemos visto, el laudo arbitral es inapelable y no está sujeto a recurso alguno. Podría surgir la duda sobre si esta regla resulte aplicable inclusive en el caso del Amparo mexicano; la respuesta, es positiva. No podríamos considerar la procedencia del juicio de garantías por ser el laudo una decisión tomada por una persona privada que indudablemente no es una autoridad que emita un acto de autoridad, el cual es la base del juicio de amparo y un juez de amparo no puede definir la validez de los actos privados. Sin embargo, debemos considerar que el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero es realizado por un juez quien sí tiene autoridad y, en consecuencia, sí podríamos hablar de un amparo, pero considerando esta posibilidad única y exclusivamente a aspectos de forma y no de fondo del asunto.

Por último, la Convención establece que las disposiciones ahí contenidas, no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los estados contratantes, ni privarán

³³⁶ Véase *Parson and Whittemore Overseas Co. V Societe Generale De L'industrie du Papier* (1974) 508 F. 2d. 969 (2d. Cir).

³³⁷ Véase el caso: *Deutsche Schachtbau v Ras al-Khaiman National Oil Co.* (1990) 1 AC 295.

a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener para hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.³³⁸

3.7. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Conviene aclarar en primer lugar que en un procedimiento arbitral se encuentran involucrados diversos conjuntos de normas, los cuales pueden pertenecer a diversos sistemas jurídicos y en ocasiones presentar contradicciones entre ellos mismo. De lo anterior, se concluye en la necesidad de lograr la armonización entre ellos. Podemos clasificar los grupos de las normas utilizadas en los procedimientos arbitrales en cinco, los cuales regulan:

1. La capacidad de las partes;
2. El acuerdo arbitral;
3. El procedimiento arbitral (derecho adjetivo);
4. El fondo del asunto (derecho sustantivo), y;
5. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Dentro de las normas que regulan el procedimiento arbitral (derecho adjetivo) se debe aplicar, en primer término:

1. Lo previsto en el acuerdo arbitral, en lo que no se contraponga;
2. Las reglas de alguna institución, en caso de que se acuerde su aplicación, en lo que no se contraponga;
3. La regulación hecha por el tribunal arbitral, en lo que no se contraponga, y;
4. Las reglas del lugar del arbitraje.

Como se ha mencionado ya en varias ocasiones, entre los límites a la estructura normativa indicada se encuentra la obligación de respetar la igualdad de las partes y el orden público aplicable. De igual forma, el derecho mercantil internacional se reglamenta de diversas maneras. Tratándose del arbitraje comercial internacional, existen tres formas de armonización:

1. Una ley uniforme obligatoria. Es un conjunto de normas aplicables a la solución de controversias mediante el arbitraje, con pretensión de ser obligatoria para los países que suscriban la convención que la propuso, siempre y cuando en un plazo determinado dichos países adecúen su legislación interna. Indudablemente, es el sistema que conlleva a una mayor universalidad en la materia, pero también el más

³³⁸ Sobre los efectos que ha tenido en México la ratificación de la Convención de Nueva York en la ejecución de laudos extranjeros, véase Siqueiros, José Luis, *"Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Mexicana"*, **"Revista de la Facultad de Derecho de México"**, XXVII, 107-108, julio-diciembre 1977, p. 813; ahí se citan resoluciones judiciales que ordenan la ejecución de laudos extranjeros aplicando las disposiciones de la Convención.

difícil de llevarse a cabo, por lo complicado que representa que las partes firmantes se pongan de acuerdo.³³⁹

2. Una convención internacional. Es el acuerdo entre dos o más estados para regular la materia arbitral, encaminado al desarrollo de sus relaciones comerciales. Este sistema es el de mayor utilización en el derecho internacional público y privado, y el arbitraje privado comercial internacional no es la excepción, ya que dentro de las principales convenciones en esta materia nos encontramos con las siguientes, lo que demuestra el afán de las naciones de armonizar dicha rama jurídica.³⁴⁰

A nivel regional.

- a) Tratado de Derecho Procesal. (Montevideo, Uruguay, 1889 y refrendado en ese mismo país en 1940).³⁴¹
- b) Convención de Bolivia sobre la Ejecución de Laudos Extranjeros. (Caracas, Venezuela, 1911).³⁴²
- c) Convención de Derecho Internacional Privado. "Código Bustamante". (La Habana, Cuba, 1928).³⁴³

³³⁹ La única Ley Uniforme existente en la actualidad en materia de arbitraje, es la considerada en la Convención Europea celebrada en Estrasburgo (abierto a firma el 20 de enero de 1966), la cual no ha entrado en vigor y cuyo artículo 1. establece lo siguiente:

"1. Cada una de las partes contratantes se compromete a introducir en su legislación, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención, las disposiciones de la ley uniforme que constituye el anexo I de la presente Convención.

2. Cada una de las partes contratantes tiene el derecho de complementar, en su legislación, la ley uniforme, mediante disposiciones destinadas a regular las cuestiones para las que no se prevea la solución, con la condición de que esas disposiciones no sean incompatibles con la propia ley uniforme.

3. Cada una de las partes contratantes tiene el derecho de estipular en su legislación, materias específicas cuyas controversias no podrán ser sometidas a arbitraje o podrán ser sometidas a un arbitraje regido por reglas diferentes a las previstas en la ley uniforme.

4. Cada una de las partes contratantes tiene el derecho de declarar al momento de la firma de la presente Convención, o al momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión, que no aplicará la ley uniforme sino a las controversias que surjan de las relaciones jurídicas que son consideradas como comerciales por su ley nacional." Véase infra nota al pie No. 203.

³⁴⁰ La Convención de Viena en Materia de Tratados de 1969 estableció que la ratificación o la adhesión a un nuevo instrumento internacional derogaría los tratados celebrados entre las mismas partes, dentro del ámbito de las mismas materias; de no ser así, las disposiciones contenidas en el tratado anterior continuarían aplicándose a menos que resultaran incompatibles con aquéllas adoptadas en el instrumento posterior.

³⁴¹ Hecho el 11 de enero de 1889 y refrendado el 19 de marzo de 1940. El tratado ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay y firmado por Chile. A él se adhirió Colombia. Este instrumento demuestra que los latinoamericanos son los pioneros en la codificación del derecho internacional privado, y en el Título III "Del Cumplimiento de los Exhortos, Sentencias y Fallos Arbitrales", se demuestran los inicios de la Codificación en materia de arbitraje.

³⁴² Fue ratificada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela. Vino a reproducir prácticamente las normas del Tratado de Montevideo de 1889, estableciendo los requisitos a cumplirse para la ejecución de laudos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales, lo que sirvió como base para la creación de nuevas convenciones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales.

³⁴³ Hecha el 20 de febrero de 1928 y entró en vigor el 25 de noviembre de 1928. La Convención tiene por objeto que los contratantes acepten y pongan en vigor el Código de Derecho Internacional Privado, "Código

- d) Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. (Ginebra, Suiza, 1961).³⁴⁴
- e) Convención Europea que Establece una Ley Uniforme en Materia de Arbitraje. (Estrasburgo, Francia, 1966).³⁴⁵
- f) Convención para el Arreglo por Medio de Arbitraje de Controversias de Derecho Privado Resultantes de la Cooperación Económica, Científica y Tecnológica. (Moscú, Rusia, 1972).³⁴⁶
- g) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. (Panamá, Panamá, 1975)³⁴⁷
- h) Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. (Montevideo, Uruguay, 1979).³⁴⁸
- i) Múltiples Tratados Bilaterales de Inversión.

Bustamante", que se anexó a dicho instrumento. Dicho Código fue realizado por el Dr. Antonio de Bustamante, quien en 437 artículos codificó el derecho internacional privado de la época. La importancia de este documento radica en que en el Capítulo XI "Transacciones y Compromisos" y Título X "Ejecución de Sentencias Dictadas por Tribunales Extranjeros", Capítulo I "Materia Civil", toca el tema relativo al arbitraje y ejecución de sentencias, estableciéndose que el fallo no debe violar el orden público del país donde se pretende su ejecución. Algunos de los estados contratantes y signatarios son los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

³⁴⁴ Fue firmada el 21 de abril de 1961 y entró en vigor el 7 de enero de 1964. De los dieciocho estados signatarios, once la han ratificado. Esta Convención tiene un doble objeto: por un lado, resolver el problema de la designación de los árbitros en los casos en que las partes en un convenio de arbitraje no lleguen a ponerse de acuerdo sobre su elección y, en segundo lugar, facilitar el recurso de arbitraje comercial, independientemente de la estructura económica de los países donde las partes residen. Véase *Godwin, David A., "European Commercial Arbitration", "The Journal of Business Law",* Londres, 1961, p. 352. Los países que la firmaron, ratificaron o se adhirieron hasta 1988, son los siguientes: Austria, Bélgica, Bulgaria, Cuba, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Alto-Volta, Hungría, Italia, Polonia, República Federal de Alemania, RSS de Bielorrusia, RSS de Ucrania, Rumania, Checoslovaquia, Turquía, URSS y Yugoslavia.

Esta Convención tiene como finalidad reducir algunos de los obstáculos que se oponen a la corriente comercial entre los países de economía de libre empresa y los países de planificación centralizada. Una innovación útil introducida por la Convención es el establecimiento del Comité Especial previsto en su artículo IV, al que puede recurrir el demandante si el demandado no coopera en la designación del árbitro. Ese Comité Especial está compuesto de tres miembros elegidos por cuatro años. La Convención ha quedado complementada con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica para Europa, de enero de 1966.

³⁴⁵ Abierta a firma el 20 de enero de 1966 y no ha entrado en vigor. Véase supra notas al pie Nos. 123 y 203.

³⁴⁶ Entró en vigor el 13 de agosto de 1973. Véase supra nota al pie No. 124.

³⁴⁷ Se firmó el 30 de enero de 1975 y entró en vigor el 16 de junio de 1976. En México fue aprobada mediante decreto publicado en el DOF el día 9 de febrero de 1978 y promulgada según decreto publicado en el DOF el 27 de abril de 1978. Esta Convención fue el resultado de una de las Conferencias Internacionales de Derecho Internacional Privado. Hasta el momento ha habido cinco conferencias de este tipo: Panamá, Panamá, 1975; Montevideo, Uruguay, 1979; La Paz, Bolivia, 1984; Montevideo, Uruguay, 1989; y México, Distrito Federal, 1994.

³⁴⁸ Se firmó el 8 de mayo de 1979. En México fue aprobada mediante decreto publicado en el DOF el día 4 de febrero de 1987 y promulgada según decreto publicado en el DOF el 20 de agosto de 1987.

A nivel universal.

- a) Protocolo de Ginebra Relativo a Cláusulas de Arbitraje. (Ginebra, Suiza, 1923).³⁴⁹
- b) Convención sobre Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (Ginebra, Suiza, 1927).³⁵⁰
- c) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. (Nueva York, EUA, 1958).³⁵¹
- d) Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. (Washington, EUA, 1965).³⁵²
- e) Convención para la Creación de la Agencia de Garantías para las Inversiones Multilaterales (*MIGA*). (Seúl, Corea, 1985).³⁵³

³⁴⁹ Se firmó el 24 de septiembre de 1923, entró en vigor el 28 de julio de 1924 y fue abrogada por la Convención de Nueva York. Dicho Protocolo constituye el primer instrumento jurídico de carácter general, elaborado por mediación de la Sociedad de las Naciones y aceptado por diferentes estados, lo que implica su importancia y vigencia a nivel internacional.

³⁵⁰ Se firmó el 26 de septiembre de 1927 y fue abrogada por la Convención de Nueva York. La importancia de este documento radica en que es el antecedente de la Convención de Nueva York.

³⁵¹ Véase infra notas al pie Nos. 290 y 291.

³⁵² Entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Fue celebrada por el Banco Mundial. Por ella se estableció el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*" *ICSID*), que tiene su sede en la oficina principal del Banco Mundial en Washington, y que funciona como institución arbitral. Esta Convención tiene por objeto estimular la inversión extranjera en países subdesarrollados, ya que el inversionista generalmente tiene temores en las leyes y tribunales del país en que invierte, y si son parte de la Convención y celebraron el acuerdo arbitral, las controversias se resolverían mediante el arbitraje. Ni México ni Canadá son estados partes, pero sí los Estados Unidos; sin embargo, para la celebración del TLC se estableció dicha Convención, dentro de las reglas de arbitraje en el Capítulo XI (la sección B de dicho Capítulo se refiere a la solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte). Véase infra pp. ____

³⁵³ Entró en vigor el 12 de abril de 1988. Fue celebrada bajo los auspicios del Banco Mundial. La MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) es una agencia internacional de seguros, en donde los países miembros pagan el 10% en un principio y pagos posteriores a plazos (los países del primer mundo pagan cuotas superiores que los restantes, se toma en cuenta la situación económica de cada país). La moneda en la que pagan se denomina "derechos especiales de giro". La institución al recibir el dinero forma un fondo de seguro, para ser utilizado en caso de siniestro de alguno de los miembros. Dicho siniestro se da cuando se incurre en determinados riesgos de tipo "no comercial". Los cuatro riesgos que se establecen en la Convención son los siguientes: (i) el riesgo sobre la transferencia de fondos (se da cuando debido a los controles de cambio se le impide al inversionista repatriar los beneficios; es decir, retirar la ganancia); (ii) el riesgo de la expropiación. Véase artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; (iii) el riesgo de repudio (se da cuando el gobierno que solicitó la inversión cancela dicho pedimento una vez que ya gastó el inversionista), y; (iv) el riesgo de conflictos armados y luchas civiles. En todos estos casos la MIGA paga al inversionista y se subroga en los derechos del acreedor y posteriormente se utiliza el arbitraje utilizando el sistema y procedimiento de la CISDI, para resolver la controversia. Véase Contreras, Joaquín, **Op.cit.** nota el pie No. 107, pp. 75, en donde cita a K. Hudes, "*Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*", in Zamora-Brand, "*Basis Document of International Economic Law*", 491, n.1 (1990). Véase infra pp. ____

La tendencia actual es desplazar los convenios o tratados regionales por convenciones que sean de aplicación universal, para llegar a una uniformidad en la materia.

3. Una ley modelo. Ordenamiento jurídico que se aprueba en foros muy prestigiados, como es el caso de la ONU, y posteriormente se pone a disposición de los países para que éstos la utilicen como fuente de inspiración al reglamentar determinada materia en su legislación interna.³⁵⁴ En el caso del arbitraje privado comercial internacional, tenemos a la ley modelo, aprobada el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).³⁵⁵ La Ley Modelo solo pretende establecer los lineamientos generales para unificar o armonizar los principios sustantivos y adjetivos en la materia, a la luz de las necesidades específicas que derivan de la práctica de este mecanismo.³⁵⁶ Dicha ley, a nuestro parecer, es una extraordinaria labor en materia de arbitraje comercial internacional, ya que es susceptible de ser adaptada a cualquier sistema jurídico existente en el globo terráqueo.³⁵⁷
4. Un Reglamento Facultativo. Es un conjunto de reglas creadas por alguna institución de reconocido prestigio cuyo uso es destinado a todos los países del orbe. Su aplicación, como se desprende de su nombre, es meramente facultativa y se requiere del consentimiento expreso de las partes involucradas para su aplicación. La CNUDMI elaboró un Reglamento Facultativo en materia de arbitraje, el cual no trata de competir con el arbitraje institucional, ya que no considera la administración del procedimiento, limitándose a cuestiones de procedimiento. Este Reglamento ha sido utilizado con gran éxito en arbitrajes *ad-hoc* y como modelo para ser adoptado en las reglas arbitrales de algunas instituciones, como sería el caso de la CIAC.³⁵⁸ No obstante la naturaleza independiente del Reglamento, en ciertas instancias recurre a la intervención de terceros que pueden ser personas o instituciones, como es el caso de las autoridades designadoras. Según lo establecido por este documento, cualquiera de las partes en un arbitraje podrá solicitar al secretario general del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya que nombre a la autoridad designadora.

³⁵⁴ En sentido estricto no se trata de una "ley", puesto que no tiene sanción jurídica.

³⁵⁵ Es importante destacar la importancia de la labor que ha tenido la CNUDMI en el arbitraje mercantil internacional, ya que las reglas elaboradas por esta institución, así como los trabajos realizados por la CCI, son considerados como la piedra angular en la materia, en virtud de que, no obstante no tener el rango de convenios internacionales, sus reglas tienen naturaleza opcional pues su propósito es manifestar las peculiaridades tan propias de la *Lex Mercatoria*. El 22 de julio de 1993 se reformó la legislación doméstica mexicana arbitral en el sentido de adoptar el texto establecido por esa Ley Modelo. Véase infra p. 195.

³⁵⁶ La Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1985, recomienda fuertemente su adopción.

³⁵⁷ De acuerdo con la Situación de las Convenciones que emana del 25º periodo de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, del 4 al 22 de mayo de 1992, se establece que hasta esa fecha, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en Australia, Bulgaria, Canadá (en estos casos, por el parlamento federal y por las legislaturas de todas las provincias y territorios), Chipre, Escocia, La Federación Rusa, Hong Kong, Nigeria, Perú, Túnez y, dentro de los Estados Unidos de América, en California, Connecticut, Oregon y Texas. En Alemania está muy avanzado el procedimiento de adopción y en EUA hay un gran debate respecto de su adopción a nivel federal.

³⁵⁸ Véase infra p. __

El Reglamento Facultativo de la CNUDMI esta dividido en las siguientes cuatro secciones, que se dividen a su vez en subsecciones, correspondiendo a las etapas principales del mecanismo arbitral: (i) disposiciones introductorias; (ii) composición del Tribunal Arbitral; (iii) procedimientos arbitrales y; (iv) laudo.

Aunque encontramos leves diferencias entre los instrumentos antes mencionamos, podemos afirmar que tienen el mismo propósito de respetar la observancia de las cláusulas compromisorias estipuladas en los contratos comerciales y demás acuerdos arbitrales, así como el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral correspondiente, una vez que se haya emitido.

3.8. HACIA DONDE SE DIRIGE EL ARBITRAJE PRIVADO COMERCIAL INTERNACIONAL.

Indudablemente tenemos que reconocer que el arbitraje comercial internacional se encuentra, cada vez más, con mejores perspectivas; es decir, los comerciantes que intervienen en el comercio internacional, recurren a este medio para resolver sus controversias mucho más que en años anteriores y, todo parece indicar que dentro de algunos años será casi el único instrumento para resolver este tipo de conflictos. Por su parte, tanto las legislaciones domésticas e internacionales, como los organismos e instituciones que intervienen en esta materia, se están preparando para poder enfrentar los cambios y la evolución que se presenta.

Por último, queremos destacar la importancia que ha venido adquiriendo la materia del arbitraje comercial internacional, misma que aumenta paulatinamente con resultados favorables para los comerciantes. Tal es el caso de un tipo de arbitraje que, si bien y hasta donde alcanza nuestro parecer, no ha sido considerado por la doctrina, ni por la legislación; sin embargo, la naturaleza de la institución nos permite pensar en la posibilidad de utilizar este medio de solución de controversias cuando éstas se presenten entre los accionistas de una persona moral (llámese Sociedad Anónima)³⁵⁹ y ésta última, siempre y cuando sean de distinta nacionalidad. A nuestro juicio, parecería adecuado denominar a este tipo de arbitraje como "arbitraje corporativo internacional".

En la práctica observamos que dentro de los estatutos sociales de una empresa se incorpora la cláusula mediante la cual los accionistas y la sociedad se obligan a sujetar las controversias futuras a la jurisdicción de determinados tribunales;³⁶⁰ sin embargo, no encontramos alguna razón para no incluir dentro del mal llamado "contrato social"³⁶¹ la cláusula arbitral mediante la cual los accionistas expresen su voluntad de someter las futuras

³⁵⁹ La Sociedad Anónima, tal como la define el art. 86 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es aquella que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

³⁶⁰ Un ejemplo de esta cláusula es la siguiente: "Los Tribunales de esta Ciudad serán los únicos competentes para conocer y desistirse en todas las instancias respecto de cualquier controversia que pudiere suscitarse por interpretación, ejecución y cumplimiento de los pactos que anteceden, pues a la jurisdicción de los mismos se someten expresamente los otorgantes, con renuncia a cualquier fuero de domicilio, futuro, distinto al señalado."

controversias entre ellos y la sociedad al arbitraje comercial internacional (o nacional según sea el caso). Así como este nuevo tipo de arbitraje, podríamos encontrar una lista de ellos que podría ampliarse según las diversas prácticas del comercio provocando, en consecuencia, la necesaria actualización de legislaciones domésticas e internacionales para poder enfrentar dichos cambios.

³⁶¹ La mayoría de los autores coinciden en que no estamos en presencia de un contrato social pues no tenemos intereses encontrados, por el contrario, los socios o accionistas tienen la misma finalidad al celebrar este acto jurídico.

CAPITULO IV

MEXICO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL.

4.1. LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL MUNDO.

Como se ha indicado anteriormente, entre los distintos tipos de arbitrajes están el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional y es necesario estar frente a un caso concreto para enumerar las ventajas y desventajas de cada uno y tomar la decisión de acudir o no a una institución arbitral para que administre el procedimiento arbitral. La práctica ha demostrado que, en la actualidad, el arbitraje institucional ha tenido mayor utilización y éxito que el arbitraje *ad-hoc*, registrando una evolución acelerada. Por esta razón, creemos conveniente abundar un poco mas sobre este tipo de solución de controversias, indicando las instituciones mas relevantes en el actuar internacional que representan buenas y diversas opciones para los comerciantes mexicanos.

Rogelio López Velarde y Adolfo Graña reconocen que "distintos países e instituciones privadas han creado cortes o tribunales de arbitraje, especializados o multidisciplinarios, que se localizan dentro del seno de un organismo internacional, bajo los auspicios de academias o asociaciones particulares o dentro del marco del derecho doméstico de una nación determinada."³⁶²

En la creación de estas instituciones encontramos como elemento común el hecho de que una o varias organizaciones apoyaron el proyecto, estando casi siempre involucradas las organizaciones de comercio de los países en donde se establecieron. Así, las cámaras de comercio se dotaron de un organismo arbitral al que en su mayoría han denominado "corte arbitral" que es la que, propiamente, hace la labor de administración arbitral; sin embargo, en *strictu sensu* no estamos en presencia de una corte. La mayoría de los tratadistas a nivel mundial coinciden que el término "corte" podría llevarnos a interpretaciones erróneas, pues la "corte arbitral" carece de poder jurisdiccional y no emite el laudo; es decir, no pone solución al conflicto, siendo ésta la función propia del tribunal arbitral. Ni las partes, ni sus abogados y mucho menos los testigos y peritos comparecen ante las Cortes. La función de las cortes internacionales de arbitraje consiste, a grandes rasgos, en organizar, administrar y supervisar los procedimientos arbitrales sometidos a ellas.

Creemos que han decidido autodenominarse cortes de arbitraje para que sea más fácil el entendimiento de su labor, pero algunas instituciones han tomado la denominación

³⁶² López Velarde, Rogelio y Graña R., Adolfo, "El Arbitraje Internacional", Oficina de Representación de la Gerencia Jurídica de PEMEX en Houston, Texas, EUA, Enero 1989.

de “centros” la cual creemos que se acerca mas a la realidad. Por su parte, algunas cortes o centros arbitrales han añadido el termino “internacional” a su denominación, lo que refleja claramente la característica de prestar sus servicios a lo largo y ancho del globo terráqueo.

Según Carlos Arellano García,³⁶³ las bases para la creación de una nueva institución que se dedicará a la administración del arbitraje es contar con:

1. Organos promotores. Estos órganos pueden ser los centros de arbitraje comercial ya existentes a nivel internacional, los gobiernos de los países que ya han tomado en cuenta la importancia del arbitraje comercial internacional, las instituciones privadas que han realizado estudios sobre arbitrajes, los organismos regionales y la ONU;
2. Un procedimiento estructural. La estructuración creadora de la organización internacional de arbitraje comercial necesariamente debe sujetarse a un procedimiento. Se juzga que el mecanismo idóneo deberá ser una conferencia internacional especializada. Deberá elaborarse un proyecto de temario que se adicionará con las sugerencias que hagan los gobiernos de los estados a los que se les circule el proyecto del temario. La tendencia de la conferencia que se convoque será hacia la obtención de un estatuto constitutivo de la nueva institución.
3. Una denominación. Los delegados a la conferencia deberán elegir una denominación para la nueva institución. Se recomienda que la nueva organización tenga en su denominación expresados sus rangos fundamentales; es decir, se deberá utilizar la denominación de "tribunal o institución permanente de arbitraje comercial internacional", ya que su objeto será precisamente el mejoramiento de la actividad del arbitraje comercial internacional.
4. Una buena integración. En la conferencia internacional que se convoque para la creación de la institución, se deberán analizar los siguientes aspectos: (i) el número de árbitros que compondrán el cuerpo permanente de personas idóneas para el ejercicio de la función arbitral. Esa cantidad dependerá del número de países que concurrirán a la conferencia de creación de la nueva institución y también dependerá de un cálculo cuantitativo de los problemas controvertidos que pudieran serles sometidos. Se recomienda empezar con un número reducido; (ii) el procedimiento a seguir para la designación de las personas que integrarán la lista de los árbitros. Es importante que se seleccione a personas que sean considerados como los mejores elementos humanos desde el punto de vista de su capacidad, de su honestidad, de su amplio conocimiento sobre el arbitraje, de su dedicación al trabajo y de su independencia de criterio, al margen de que se asegure imparcialidad a las partes que sometan la solución de una controversia a dicha institución; (iii) los requisitos que deberán cubrir los candidatos a ocupar el cargo de árbitros comerciales internacionales, el tiempo de duración en el cargo y las causas que justifiquen la remoción de los árbitros.

³⁶³ Arellano García, Carlos, *"Bases para la Creación de una Organización Internacional de Arbitraje Comercial"*, **"Memoria del IV Simposio de Arbitraje Mercantil Internacional"**, Colección de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, México, 1977, pp. 20.

5. Una sede. Se debe elegir un lugar estratégico para la sede de la nueva institución. Igualmente, se deberán elegir lugares estratégicos ubicados en diversas regiones para desempeñar el papel complementario de sub-sedes o secciones regionales.
6. Reglas de procedimiento. Se recomienda que una comisión "*ad-hoc*" reúna las mejores reglas de procedimiento existentes en otras instituciones, como un punto de partida para regular el procedimiento de la nueva institución.
7. La determinación de quiénes podrán ser partes en el arbitraje. De manera general, podrán ser partes en el arbitraje todos los comerciantes de los diferentes países que hayan establecido la cláusula arbitral o el compromiso arbitral, en la cual se sujete la solución de la controversia a la nueva institución.
8. La determinación de sus funciones.³⁶⁴ La nueva institución podrá desempeñar las siguientes funciones: (i) verificar, previa constitución del tribunal arbitral, la existencia de un acuerdo arbitral entre las partes, concluyendo la facultad de la corte correspondiente para administrar el procedimiento; (ii) invitar a las partes para ponerse de acuerdo sobre la elección del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral, si no hay acuerdo al respecto; (iii) en caso de que las partes no se hubieran puesto de acuerdo, supervisar y, si es necesario, decidir sobre la designación del árbitro único o composición del tribunal arbitral; es decir, actuar como autoridad designadora, teniendo casi siempre la facultad de rechazar los candidatos propuestos por las partes. En caso de que actúe como autoridad designadora podrá proponer a los árbitros y recibir las indicaciones de preferencia, así como las objeciones de las partes; (iv) invitar a las partes a la designación de un árbitro presidente y a falta de acuerdo, hacer la designación; (v) resolver sobre la recusación de los árbitros y sobre las excusas de éstos; (vi) en caso de muerte, de incapacidad o renuncia de alguno de los árbitros, nombrar sustitutos; (vii) resolver los problemas de competencia de los árbitros. Sin Embargo, esta cuestión generalmente es resuelta por los propios árbitros; (viii) resolver acerca del monto de los honorarios de los árbitros cuando no haya acuerdo entre las partes y los árbitros; (ix) fijar los costos de la administración del arbitraje; (x) recibir los depósitos por anticipo de costo del arbitraje; (xi) decidir sobre los aspectos no acordados por las partes, como podrían ser el lugar e idioma del arbitraje, así como el derecho substantivo aplicable. Igualmente, en la mayoría de los casos estas cuestiones son resueltas por los propios miembros del tribunal arbitral y en todo caso, independientemente de que lo resuelva la institución o los árbitros, se debe hacer un cuidadoso análisis de los elementos del caso; (xii) hacer las notificaciones a las partes durante el procedimiento arbitral; (xiii) supervisar el procedimiento, generalmente a través de sus secretarías, asistiendo a los árbitros y a las partes en la interpretación y aplicación de los reglamentos respectivos; (xiv) tomar medidas para lograr la efectividad de los laudos arbitrales; (xv) desempeñar funciones conciliatorias; (xvi) patrocinar la formación de dependencias regionales, de ser necesarias; (xvii) convocar a reuniones tendientes a perfeccionar los estatutos y a modificar la estructura de la propia institución, y; (xviii) fortalecer las fuentes de

³⁶⁴ El texto de Arellano García relativo a las funciones que puede tener una institución arbitral, lo modificamos y complementamos mediante la adición y reducción de algunos puntos.

derecho para resolver en cuanto al fondo los problemas de arbitraje que se le sometían.

Nuestra opinión respecto de las bases que, para establecer una nueva institución arbitral, menciona Arellano García, es que considera únicamente la posibilidad de creación mediante una convención internacional y creemos que la mayoría de las cortes o centros arbitrales existentes han experimentado un proceso de maduración que inició con el establecimiento de un centro que se encarga de asuntos única y exclusivamente nacionales y poco a poco va abriendo sus puertas a asuntos de carácter internacional. Sin embargo, creemos que cualquier organismo que pretenda prestar servicios de administración de procesos arbitrales, debe tomar en cuenta las bases mencionadas con anterioridad y adaptar aquellas que sean necesarias. Por ejemplo, algunas de las funciones antes mencionadas pueden tener límites o ser aplicadas por el Reglamento adoptado por la institución.

En las estructuras orgánicas de las cortes o centros de arbitraje importantes en el mundo, encontramos principalmente dos órganos: una “mesa directiva”, cualquiera que sea su nombre, que actúa colegiadamente como la máxima autoridad y por consiguiente puede tomar decisiones de alto nivel y las “secretarías”, que generalmente apoyadas por un “registrador”, que son las encargados de asegurar el contacto diario de las instituciones con las partes y los árbitros, por lo que es recomendable conocer bien el funcionamiento de cada una y tener siempre un contacto constante con ellas.

La mayoría de las cortes o centros arbitrales ofrecen una diversidad de servicios dentro de los que se incluye la administración del procedimiento arbitral y de otros medios alternativos de solución de controversias (ADR),³⁶⁵ como pueden ser la mediación y la conciliación. Para tal efecto, cada corte o centro arbitral cuenta con reglas que rigen los procedimientos de arbitraje y, en su caso, de mediación o conciliación. La mayoría de las reglas se han basado en la labor realizada por la UNCITRAL, ya sea su ley modelo o su reglamento facultativo y tienen como denominador común la constante actualización de sus textos. De manera particular, podemos mencionar que en los últimos meses ha habido una tendencia de actualización de las reglas de estas cortes o centros lo cual ha significado un gran paso en la evolución de esta materia. Las modificaciones se encaminaron a tratar temas como la regulación de arbitrajes multilaterales, así como un mayor otorgamiento de facultades a los tribunales arbitrales para dar órdenes a las partes y tener un mejor funcionamiento de las reglas.

En el supuesto de seleccionar al arbitraje institucional como tipo de arbitraje para solucionar un conflicto, es necesario saber a qué institución acudir. Para tal efecto, debemos hacer un análisis tomando en cuenta aspectos como son la cuantía del asunto, la ubicación geográfica de los países en donde se encuentran los establecimientos de las partes, la naturaleza de las partes (si pertenecen o no a la administración pública), la importancia y trascendencia del problema, así como la experiencia de las instituciones en la solución de este tipo de conflictos. Si las partes o alguna de ellas pertenece a la administración pública de algún Estado o es el propio Estado el que interviene, es recomendable acudir a la CISDI, ya que generalmente estos sujetos tienen conflictos sobre asuntos de inversiones. En las disputas entre particulares que, por lo menos uno de ellos

³⁶⁵ Véase supra pp. ____

tiene sus establecimientos en Europa, es recomendable acudir a la CCI o a la CLAI; por último, si se trata de partes, que por lo menos una de ellas tiene establecimientos en América, lo recomendable es acudir, entre otras, a la AAA, a la CCI y a la CIAC. "Las dos instituciones que son las más recomendables y preferidas para resolver controversias entre empresarios de México y Estados Unidos son la CCI y la AAA. La CIAC puede administrar arbitrajes y realizar alguna de las actividades administrativas, pero no cuenta con las mismas facilidades disponibles que se obtienen a través de la CCI o la AAA para conducir arbitrajes. Usualmente la CCI es seleccionada por los empresarios mexicanos porque ofrece mayor experiencia y no tiene asociaciones tan ligadas directamente con los Estados Unidos. Aunque la CCI y la AAA son las escogidas usualmente, hay una estadística de preferencia por la CIAC en los arbitrajes experimentados en México. Como el comercio y la inversión se incrementan entre México y Estados Unidos, la AAA con sus nuevas reglas internacionales de arbitraje y su deseo de solucionar más disputas internacionales puede crecer más. Adicionalmente, los procedimientos de administración de la AAA son menos costosos que los de la CCI."³⁶⁶

4.1.1. Beneficios de ventilar un arbitraje comercial internacional ante alguna corte o centro arbitral.

Después de haber comentado brevemente las características principales de las cortes y centros arbitrales, toca el turno de mencionar algunos de los beneficios que tendría un empresario mexicano al acudir ante cualquiera de dichas instituciones para solucionar una controversia surgida en una relación comercial internacional:

1. La mayoría de estas instituciones tienen una base sumamente sólida debido a la antigüedad de su creación, lo que se traduce en gran experiencia en la administración de procedimientos arbitrales y en las relaciones comerciales internacionales. Esto se demuestra en la activa participación que, algunas de ellas, tuvieron en la creación de la Ley Modelo de Arbitraje creada por la CNUDMI.³⁶⁷
2. A lo largo de la historia, estos centros arbitrales han demostrado un alto nivel de neutralidad y profesionalismo en los casos que han resuelto, lo que se traduce en una importante garantía de igualdad para las partes.
3. La mayoría son instituciones no gubernamentales que se dedican a muchos aspectos de los negocios comerciales internacionales, siendo uno de ellos el arbitraje comercial internacional, lo que significa que este medio de solución de controversias se encuentra apoyado de la experiencia y trabajo del resto de las actividades desarrolladas por las instituciones.
4. Las cortes o centros internacionales, son instituciones con un espíritu netamente universal, porque ante ellas se ventilan asuntos en donde intervienen países de todos los continentes, involucrándose diversos sistemas jurídicos, culturas y formas de pensar. A su vez, los centros nacionales han aprovechado las experiencias de los internacionales para dar un buen servicio a sus nacionales.

³⁶⁶ Hope H. Camp, Jr., *"Binding Arbitration: A Preferred Alternative For Resolving Commercial Disputes Between Mexican and U. S. Businessmen"*, St. Mary's University School of Law, 1991, p. 8.

³⁶⁷ Véase supra p. 70.

5. Orgánicamente tienen una estructura común y funcional integrada por personal altamente calificado que permite llevar a cabo los distintos objetivos de su labor. Dentro de esta estructura, se encuentra la Secretaría de la Corte o del Centro, la cual desempeña, a nuestro juicio, un papel de seguridad jurídica para las partes que intervienen, ya que vigila la actuación del tribunal arbitral. En otras palabras, tanto el tribunal arbitral, como las personas secundarias, llámense secretarios encargados de cuestiones financieras o personal meramente administrativo, son en principio una garantía dentro del procedimiento.
7. La obligatoriedad de confidencialidad otorga seguridad a los empresarios e inversionistas de que su reputación en el comercio internacional no se verá afectada.
8. La incorporación automática a un conjunto de reglas significa ahorro de tiempo a las partes, permitiéndoles solucionar varios problemas como es el caso de que una parte no quiera escoger al árbitro que le corresponde. Los Reglamentos generalmente establecen plazos breves, lo que es necesario y de suma importancia en el comercio internacional, pues el tiempo perdido es dinero no ganado.
9. El examen previo que realizan todos o por lo menos la mayoría de los centros o cortes arbitrales sobre el laudo que redactó el tribunal arbitral. Si bien únicamente pueden modificar cuestiones de forma, también pueden sugerir al tribunal arbitral que cambie algunas cuestiones de fondo.
10. La flexibilidad en las actuaciones del centro arbitral, ya que la mayoría de los reglamentos de arbitraje facultan a las cortes o centros arbitrales a regular todas las situaciones que son susceptibles de aparecer durante el procedimiento de arbitraje; generalmente estableciendo lo siguiente: "en todos los casos no expresamente previstos por este reglamento, la corte de arbitraje y el tribunal arbitral procederán inspirándose en el mismo y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal." Esto se traduce en que el reglamento no debe considerarse como un instrumento jurídico cerrado ya que se deja abierta la puerta para regular aquellas situaciones que son difíciles de surgir.
11. Aunque resolver un conflicto ante las cortes o centros arbitrales es en ocasiones sumamente costoso, el hecho de que las cuotas sean de fácil acceso para los comerciantes implica un beneficio, pues desde un principio las partes saben los montos aproximados de los gastos que van a efectuar.
12. Las personas que las cortes o centros arbitrales proponen como árbitros dentro de las listas que para tal efecto tienen, además de ser originarios de diversas partes del mundo, son abogados o profesionistas con otras especializaciones, con una amplia experiencia en arbitraje y con reconocidos principios de imparcialidad.³⁶⁸ Estos

³⁶⁸ Dentro de los mexicanos que están en algunas listas, principalmente en las de la CCI encontramos a: José María Abascal Zamora, Humberto Briseño Sierra, Rodolfo Cruz Miramontes, Miguel Estrada Sámano, Gonzalo González Díaz, Manuel Lizardi Albarrán, Raúl Medina Mora, Juan G. Mijares, José Luis Siqueiros, Julio C. Treviño A., Fernando Vázquez Pando, Claus von Wobeser, Leonel Pereznieta Castro y Carlos Loperena Ruiz.

árbitros van acumulando experiencia en el ramo que se trate con mayor rapidez, por tener constantes intervenciones en varias instituciones sobre el mismo tipo de asuntos;

13. Algunas cortes o centros cuentan con Comités Nacionales en diversas partes del mundo, siendo uno de los mayores beneficios de estas instituciones, pues éstos pueden informar a los comerciantes sobre los servicios que presta la misma, principalmente sobre arbitraje y sirven como medio de contacto con las sedes centrales.

En contraposición, existen algunos aspectos que podrían ser considerados como desventajas en la utilización del arbitraje institucional: (i) la tendencia a ser demasiado oneroso por todos los servicios que se prestan, siendo que en ocasiones se determina el costo tomando la base *ad valorem* del asunto, como es el caso de la CCI. Sin embargo, esta supuesta desventaja se obvia cuando se toma en consideración que el resultado emanado de una corte judicial, aunque gratuito, puede acarrear mas prejuicios económicos que el laudo dictado ante una institución arbitral; (ii) la burocratización de las instituciones, elemento que no es privativo de las instituciones del sector público; desgraciadamente siempre vamos a encontrar algunos matices de este fenómeno, por muy pequeños que sean; (iii) en tercer lugar podemos mencionar que las partes no tienen total control de la administración del arbitraje; y en ocasiones, no es posible modificar las reglas de la institución por mutuo acuerdo de las partes. Esta otra supuesta desventaja se elimina con el simple hecho de acudir a una institución que contiene un conjunto de normas que permiten su modificación mediante el acuerdo de las partes; además, la disposición de no modificación a sus reglas que contienen algunas instituciones se justifica al tratar de dar seguridad jurídica a las partes, evitando correr cualquier riesgo, y; iv) en ocasiones los términos establecidos en las reglas creadas por las instituciones son muy cortos, lo cual es benéfico para el actor ya que antes de presentar el escrito de demanda tiene tiempo para planear todo el procedimiento, reunir las pruebas y tomar las decisiones necesarias de antemano; sin embargo, después de haber puesto en marcha el procedimiento y echando a andar la máquina arbitral contra reloj, observamos que el demandado es quien tiene mayores perjuicios, pues dispone de poco tiempo para prepararse en su actuar, aunque en ocasiones los mismos árbitros conceden prórroga a los plazos establecidos. Tal desventaja, se agudiza cuando son demasiados los documentos que se manejan en las transacciones comerciales internacionales y más aún cuando el demandado pertenece a la administración pública, pues se tienen que tomar decisiones de suma importancia en un tiempo muy reducido. Es fácil contrarrestar esta supuesta desventaja ya que, como recordamos, las partes pueden ampliar los términos de mutuo acuerdo o el propio tribunal arbitral puede hacerlo en caso de que lo considere necesario.

Debido a la experiencia y enfoque que se ha dado a cada corte o centro arbitral, podrían dividirse en organismos encargados a resolver asuntos meramente domésticos y otros cuya ubicación se localice en el sector internacional. A continuación, se hacen breves comentarios de los centros arbitrales de mayor importancia en el mundo, indicando las opciones para asuntos nacionales o mexicanos y aquéllas para asuntos internacionales.³⁶⁹ La

³⁶⁹ Como mera información, a continuación se mencionan algunos centros o cortes arbitrales alrededor del mundo, sin considerarlos dentro de los de mayor importancia para efectos mexicanos: la Comisión de Arbitraje Marítimo de Moscú (*the Moscow Maritime Arbitration Commission –MMAC-*); la Corte de Arbitraje

clasificación antes mencionada no es absoluta, ya que los centros nacionales tienen capacidad para atender casos internacionales y, con mayor razón, los internacionales pueden resolver casos de carácter nacional.

La finalidad de este análisis es que los abogados y empresarios mexicanos sepan que existe una gran variedad de opciones por seleccionar y que cada una tiene un elemento particular que de alguna manera, la coloca en mejor posición que otras una vez analizado el caso concreto. Es necesario recordar que para poder decidir a qué institución de arbitraje se va a someter la solución de un conflicto de carácter comercial internacional, se deben observar las características de cada caso en particular, entre las cuales destaca el valor del negocio.

4.2. CORTES Y CENTROS ARBITRALES INTERNACIONALES.

4.2.1. La Cámara Internacional de Comercio (CCI)³⁷⁰ – *International Chamber Of Commerce (ICC)*-.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es, en nuestra opinión, la mejor opción frente a la apertura comercial que enfrenta México. Es una organización privada al servicio del mundo de los negocios y ha sido considerada, según el *Dr. Frédéric Elsemann*,³⁷¹ como una institución cuya principal prioridad ha sido la creación y desarrollo de un centro de arbitraje comercial internacional.

La CCI se fundó formalmente en París, después de la Primera Guerra Mundial, en 1920.³⁷² El 19 de enero de 1923 la CCI creó la institución general de arbitraje internacional, es decir la Corte de Arbitraje de la CCI,³⁷³ la cual se fundó y creció gracias al apoyo y

Comercial Internacional de Moscú (*the International Commercial Arbitration Court in Moscow –ICAC-*); la Cámara de Comercio de Viena (*the Vienna Chamber of Commerce –VCC-*); la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres (*the London Maritime Arbitration Association –LMAA-*); la sociedad de Arbitraje A.I.D.A. de Seguros y Reaseguros del Reino Unido (*the A.I.D.A. Reinsurance and Insurance Arbitration Society (UK) (ARIAS(UK))*); la Comisión China de Arbitraje Internacional Económico y de Negocios (*the China International Economic Trade Arbitration Commission (CIETAC)*); el Centro de Arbitraje Internacional de Vietnam (*the Vietnam International Arbitration Centre –VIAC-*); la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón (*the Japan Commercial Arbitration Association –JCAA-*); el Centro Regional de Cairo para Arbitraje Comercial (*the Cairo Regional Centre for Commercial Arbitration (CRCCA)*); la Corte Permanente de Arbitraje Comercial Internacional (*the Permanent Court of International Arbitration –PCIA-*); la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (*the World Intellectual Property Organisation (WIPO)*); la Asociación de Fermentaciones de Aceites, Semillas y Grasas (*the Federation of Oils, Seeds and Fats Association (FOSFA)*); la Asociación Comercial de Granos y Alimentos (*the Grain and Feed Trade Association (GAFTA)*), y; el Centro Internacional de Arbitraje Deportivo (*the International Centre for Arbitration in Sports (ICAS)*).

³⁷⁰ Aunque las iniciales en español son CIC, en México es mejor conocida por las iniciales en francés CCI.

³⁷¹ Elsemann, Frédéric, **Op.cit.** nota al pie No. 168, p. 391.

³⁷² A partir de 1905 se llevaron a cabo varias reuniones que tuvieron como finalidad la creación de un organismo así. Dichas reuniones fueron realizadas por organizaciones de las industrias, principalmente por "*La Fédération des Associations Commerciales et Industrielles de Belgique à Liège*".

decisiones de hombres como *Etienne Clementel*,³⁷⁴ *René Arnaud* y *Nicolas Politis*.³⁷⁵ Dicha Corte contaba con el apoyo de más de 120 miembros elegidos entre las figuras más conocidas en el mundo del comercio internacional. El tiempo era apropiado para que la comunidad comercial internacional estuviera preparada a aceptar la intervención de una institución internacional que resolviera las disputas surgidas entre ellos.³⁷⁶

El arbitraje comercial internacional inició su desarrollo de tal manera, que se empezaron a ejecutar sentencias arbitrales de carácter internacional, y así se creó la Convención de 1927 para la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero.³⁷⁷

La década de los treinta, fue un período de consolidación para el desarrollo del arbitraje por parte de la CCI, ya que la influencia de dicha institución fue visible y de gran importancia en el proyecto de uniformidad del derecho en materia de arbitraje realizado por parte del instituto de Roma de la Liga de las Naciones para la uniformidad del derecho privado, y en la creación de nuevos Comités Nacionales. Posteriormente, la Segunda Guerra mundial suspendió temporalmente la actividad de la CCI. En dicha época la CCI, incluyendo la Corte de Arbitraje, se trasladaron a Estocolmo, Suecia, hasta que terminaron las hostilidades.

En 1951, la CCI trató de implantar un sistema de procedimiento arbitral internacional de conformidad con sus reglas y con lo establecido por las partes, que diera como resultado una sentencia arbitral internacional, y que tuviera como limitación no violar el orden público del lugar en donde se solicitara su ejecución. Sin embargo, la sentencia arbitral internacional no contó con la aprobación de las Naciones Unidas; por el contrario, en 1958 se celebró la Convención de Nueva York.³⁷⁸ Tal convención se refiere a sentencias arbitrales "extranjeras" y no "internacionales".

De aquí en adelante, las actividades de la CCI relacionadas con el arbitraje comercial internacional se han visto incrementadas en gran medida celebrando, para tal

³⁷³ La Corte de Arbitraje cambió su título al de "Comité Ejecutivo" una vez que había logrado dar a conocer el sistema de arbitraje que proponía como medio de solucionar controversias internacionales.

³⁷⁴ Primer Presidente y fundador de la CCI.

³⁷⁵ Eminente abogado internacionalista, diplomático de Grecia en Francia, Presidente de la Liga de Naciones y finalmente Presidente del Instituto de Derecho Internacional.

³⁷⁶ Sin embargo, en Francia las circunstancias no eran favorables, ya que el derecho francés no aceptaba la cláusula arbitral, únicamente aceptaba "*le compromis*" (Véase supra pp. 68 y 89). Clémentel siendo el primer presidente de la CCI, cambió la tendencia al inducir al gobierno francés en 1925 a ratificar el Protocolo de la Liga de Naciones de 1923 que regula la validez de las cláusulas arbitrales y su ejecutabilidad. Véase supra nota al pie No. 212.

³⁷⁷ Véase supra nota al pie No. 213.

³⁷⁸ La diferencia esencial entre la sentencia internacional que proponía la CCI y la que contiene la Convención de Nueva York, la encontramos en el artículo V-1(d) de dicho instrumento, que a la letra dice: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han 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 han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje." Lo anterior demuestra requisitos que no podría tener una sentencia de carácter internacional.

efecto, congresos en diversas partes del mundo,³⁷⁹ llegando a ser en la actualidad una institución de consulta muy importante para las Naciones Unidas.

Por otro lado, dentro del globo terráqueo más de 100 países cuyas organizaciones profesionales y de empresas activas en el ámbito internacional son miembros de esta Cámara. La gran aceptación y participación que encontramos de esta institución, la demuestran los Comités o Consejos Nacionales activos en 60 países. Los Comités Nacionales son entidades que reúnen empresarios de cada país. Es la forma tradicional de afiliación a la CCI y en la mayoría de los casos están conformados por Cámaras de Comercio locales.³⁸⁰

Las principales funciones de la CCI, entre otras, son las siguientes: (i) representar a la comunidad empresarial internacional a nivel nacional e internacional; (ii) promover el comercio internacional y fomentar la inversión; (iii) armonizar los usos comerciales y formular una terminología y directivas destinadas a importadores y exportadores, y; (iv) proporcionar servicios prácticos a industriales y comerciantes.

Es conveniente referirnos a la estructura orgánica de la CCI, institución que se encarga de prestar servicios en todas las ramas importantes del comercio internacional. La CCI se encuentra organizada de la siguiente manera: (i) un Consejo, que es el órgano supremo; (ii) una Presidencia; (iii) una Mesa Directiva; (iv) una Corte Internacional de Arbitraje; (v) mas de 60 Comités Nacionales y Grupos, y (vi) una Secretaría Internacional.

Por su parte, la Secretaría Internacional, cuenta con los siguientes organismos cuya mención es necesaria para entender los servicios que ofrece la CCI: (i) las Comisiones;³⁸¹ (ii) la Secretaría de la Corte; (iii) la Oficina encargada de Conferencias, Congresos y Seminarios, de la cual se deriva el Instituto de Derecho y Prácticas del Comercio Internacional; (iv) la Oficina Internacional de Cámaras de Comercio; (v) la Oficina de Mercadotecnia y Relaciones Gerenciales; (vi) la Oficina de Servicios del Crimen Comercial, en la que encontramos: la Oficina Marítima Internacional,³⁸² la Oficina de

³⁷⁹ Algunos de los Congresos celebrados por la CCI, son: Washington 1931, Berlín 1937, Copenhague 1939, París 1946, Lisboa 1951, Tokio 1955.

³⁸⁰ La Cámara Internacional de Comercio, Capítulo Mexicano, A. C., se encuentra actualmente en el *World Trade Center* Ciudad de México, ubicado en Av. De las Naciones (antes Montecito No. 28), Oficina No. 20, Nivel 14, Colonia Nápoles, C.P. 03810. Tel. 488-26-78, 488-26-79, fax. 488-26-80.

³⁸¹ Actualmente funcionan las siguientes Comisiones: Arbitraje, Bancaria, Práctica Comercial, Competencia, Energía, Medio Ambiente, Servicios Financieros, Seguros, Propiedad Intelectual, Negocio e Inversiones, Mercadotecnia, Impuestos, Telecomunicaciones y Transporte.

³⁸² En materia de arbitraje, debido al volumen y complejidad de las controversias marítimas internacionales, el Comité Marítimo Internacional (CMI) (Institución creada en Bélgica en 1891, que tiene entre sus funciones principales la unificación del derecho marítimo) y la CCI, crearon las "Reglas Internacionales de Arbitraje Marítimo Internacional", las cuales fueron adoptadas por la CMI en marzo de 1978 y por el Presidente de la CCI en junio de 1979. Dichas reglas tienen una gran similitud con las de conciliación y arbitraje de la CCI, otorgando libertad a las partes para que elijan el lugar del arbitraje, la legislación sustantiva aplicable, el número de árbitros y el idioma en el cual se llevará el procedimiento. Igualmente se propone una cláusula modelo a seguir para sujetar el arbitraje a este Reglamento:

Texto en español: "Todas las disputas que surjan del presente contrato, serán finalmente resueltas de acuerdo con las Reglas Internacionales de Arbitraje Marítimo Internacional de la CCI-CMI, por uno o más árbitros."

Texto en inglés: "*All disputes arising from this contract-Charter Party shall be finally settled in accordance with the ICC-CMI International Maritime Arbitration Rules by one or more arbitrators*"

Inteligencia para Falsificaciones y la Oficina de Crimen Comercial; (vii) la Oficina de Prensa e Información; (viii) la Oficina de Finanzas y Administración; (ix) tres oficinas CCI alrededor del mundo (Nueva York, Génova y Hong Kong, y; (x) la Oficina de Publicaciones denominada "*ICC Publishing*" (en París y en Nueva York) en donde se genera un gran número de publicaciones.³⁸³

Así concluimos que los siguientes organismos de la CCI intervienen en los servicios que presta en materia de arbitraje comercial internacional, por lo cual es conveniente abundar un poco mas en sus funciones y estructura:

1. La Comisión de Arbitraje Internacional. Es una de las múltiples Comisiones de la CCI, integrada por especialistas nombrados por los Comités y Consejos Nacionales de la CCI. Es un ente separado e independiente de la Corte de Arbitraje, encargado de elaborar una política sobre aspectos técnicos y generales del comercio internacional y en materia de inversiones, así como concentrar sus esfuerzos en el estudio de cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional para promover el uso de dicho mecanismo como medio de solución de controversias comerciales internacionales, así como participar en el proceso de modificación y actualización de las Reglas de la CCI.
2. La Corte de Arbitraje. Es un organismo creado en 1923, totalmente autónomo de la CCI, cuyo objetivo es administrar la solución de los conflictos comerciales internacionales, cuando éstos se someten ante la CCI; tiene como función asegurar la aplicación de las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje de la CCI, contando con todos los poderes necesarios para dicha labor.³⁸⁴ Las actividades de la Corte tienen carácter confidencial obligatorio.³⁸⁵

appointed in accordance with the said Rules."

³⁸³ Las publicaciones de la CCI pueden obtenerse en sus Comités Nacionales o directamente en 38, *Cours Albert 1er*, 75008 París, Francia (domicilio de la *ICC Publishing, S.A.*). Dentro de las principales publicaciones en materia de arbitraje, están las siguientes: "*International Arbitration: 60 years on*", "*International Chamber of Commerce Arbitration*", "*Commercial Arbitration Law in Asia and the Pacific*", "*Arbitration and State Enterprises*", "Centro Internacional de Peritaje Técnico", "Organización Internacional de Arbitraje Marítimo", "*Adaptation of Contracts*", "*Multiparty Arbitration*", "*L'apport de la Jurisprudence arbitrale*".

³⁸⁴ El Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece la competencia del Presidente de la Corte o de su sustituto, en caso de haberlo, para adoptar en nombre de ésta las decisiones urgentes, a condición de informar a la Corte en su siguiente sesión. Por otro lado, establece la posibilidad de que la Corte delegue facultades decisorias a una o varias comisiones integradas por sus miembros, a condición de ser informada de las decisiones adoptadas en la siguiente sesión. Véanse artículos 3o. y 4o. de dicho ordenamiento.

³⁸⁵ Tanto los documentos sometidos a la Corte de Arbitraje como los que ésta produzca durante los procedimientos diligenciados ante ella, son comunicados exclusivamente a los miembros de la Corte y a su Secretaría. No obstante, el Presidente o el Secretario General de la Corte están facultados para autorizar que se den a conocer a investigadores que efectúen trabajos de naturaleza científica sobre el derecho mercantil internacional, ciertos documentos de interés general, salvo las memorias, notas, comunicaciones y demás documentos presentados por las partes durante los procedimientos arbitrales. Los textos que versen sobre dichos documentos, antes de ser publicados, deben obtener la aprobación de la Secretaría General de la Corte, ya que la autorización antes referida está sujeta al compromiso contraído por su beneficiario de respetar el carácter confidencial de los documentos.

De conformidad con los Estatutos de la Corte,³⁸⁶ ésta se encuentra integrada por un Presidente, Vicepresidentes -actualmente 8-, y demás personas designadas simplemente como Miembros de la Corte -actualmente 53-, quienes son juristas con vasta experiencia en comercio internacional y son propuestos por los Comités Nacionales designados a razón de uno por cada Comité Nacional.³⁸⁷ Igualmente la Corte es asistida por una Secretaría que no debe ser confundida con la Secretaría Internacional de la CCI la cual fue mencionada anteriormente. El Presidente, Vicepresidentes y demás miembros de la Corte son nombrados por el Consejo de la CCI por un período de tres años.

A las sesiones plenarias de la Corte (una vez al mes) asisten únicamente sus miembros y el personal de la Secretaría de la Corte.³⁸⁸ Las decisiones de dicho organismo son adoptadas por mayoría de votos, decidiendo el Presidente en caso de empate. El *quórum* que señalan los Estatutos de la Corte, requiere la asistencia de por lo menos seis de sus miembros para deliberar válidamente.

Dentro del Reglamento Interior de la Corte de Arbitraje³⁸⁹ surge un órgano denominado "Comité de la Corte", el cual es creado por la Corte en su propio seno y está compuesto de un Presidente y por lo menos dos miembros más.³⁹⁰ Dicho Comité se reúne cuando sea considerado necesario por parte de su Presidente (en la práctica tres veces al mes), y podrá resolver sobre aquellos asuntos que la propia Corte haya determinado, siendo informada la Corte, en sus sesiones plenarias, de todas las decisiones tomadas por su Comité. De manera general, podríamos decir que el Comité de la Corte está facultado para tomar decisiones que son competencia de la propia Corte de Arbitraje, salvo las relativas a peticiones de recusación de árbitros, a quejas de que un árbitro no cumple con sus funciones y a la aprobación de proyectos de laudos que no fueren laudos dictados de acuerdo con las partes. Las decisiones del Comité se toman por unanimidad de sus miembros, y se requiere de un *quórum* de dos miembros.³⁹¹

³⁸⁶ Apéndice I de las Reglas de Arbitraje, artículo 2.

³⁸⁷ Los miembros de la Corte son, como tales, independientes del Comité Nacional de la CCI a cuya propuesta han sido nombrados por el Consejo de la CCI. Deben también tener por confidenciales, frente al propio Comité Nacional, las informaciones relativas a los litigios de que hayan podido tener conocimiento en su calidad de miembros de la Corte, salvo que reciban el encargo del Presidente o del Secretario General de la Corte, de comunicar alguna información a dicho Comité Nacional.

³⁸⁸ Excepcionalmente el Presidente de la Corte de Arbitraje podrá, previa consulta con los demás miembros de dicha Corte y si lo considerare pertinente, autorizar la asistencia de observadores a sus sesiones. Dichas personas quedan igualmente sometidas a la obligación de respetar el carácter confidencial de las actividades de la Corte. Asimismo, cuando el Presidente no pueda asistir a alguna de las sesiones de la Corte, será reemplazado por uno de los Vicepresidentes. Véase art. 4o. de los Estatutos de la Corte de arbitraje.

³⁸⁹ Apéndice II de las Reglas de Arbitraje de la CCI.

³⁹⁰ El Presidente de la Corte de Arbitraje preside el Comité de la Corte. Puede designar a un Vicepresidente de la Corte para sustituirlo durante una sesión del Comité de la Corte. Los otros dos miembros son designados por la Corte de Arbitraje de entre los Vicepresidentes o los demás miembros de la Corte. A tal efecto, la Corte designa en cada sesión plenaria a los miembros que participarán en las sesiones del Comité de la Corte previas a las siguientes sesiones plenarias.

³⁹¹ Cuando el Comité de la Corte no pueda decidir o juzgue preferible abstenerse, envía el asunto a la siguiente sesión plenaria de la Corte de Arbitraje, haciendo en su caso la propuesta que considere apropiada; y si decide conocer del asunto, dará conocimiento de sus deliberaciones a la Corte durante la sesión plenaria inmediata siguiente.

Como se puede apreciar, la función del Comité Restringido es hacer que la Corte de Arbitraje esté trabajando constantemente, dando una buena atención a sus asuntos, sin que estén involucrados todos los miembros de la Corte.

Por su parte, la Secretaría de la Corte asume la función de mantener el trato directo con las partes, con autoridad para confirmar árbitros, certificar copias de los laudos, requerir los pagos provisionales del arbitraje y dar a las partes y a los árbitros información escrita de la conducción del procedimiento. Esta Secretaría se encuentra dirigida por un Secretario General, 6 equipos (“*teams*”)³⁹² y personal administrativo, para dar un total de 30 personas de 11 nacionalidades distintas.

La Corte de Arbitraje es, hoy por hoy, el centro de mayor relevancia en el arbitraje comercial internacional y como resultado de la experiencia y autoridad adquirida en la solución aproximada de diez mil casos comerciales internacionales,³⁹³ participando comerciantes, árbitros, peritos y demás involucrados en el proceso, provenientes de mas de 100 países.³⁹⁴ Lo anterior, significa una gran diversidad en los sistemas jurídicos (siendo los más importantes el Derecho Civil -*Civil Law*-, el Derecho Anglosajón -*Common Law*- y el Derecho Islámico), económicos, culturales y lingüísticos.³⁹⁵ Asimismo, encontramos gran diversidad en la materia y en el valor del negocios³⁹⁶ de los asuntos sujetos a arbitrajes ante la CCI, demostrando que tanto pequeños como grandes comerciantes recurren al arbitraje ante esta institución.

³⁹² Cada equipo está compuesto por un Consejero (abogado) quien es el responsable del equipo, dos asistentes (también abogados) y una secretaria. Tan pronto como se recibe una demanda de arbitraje, ésta es asignada por el Secretario General a alguno de los equipos el cual se convierte en el responsable inmediato del caso frente a las partes, los árbitros y la corte. Véase Mantilla-Serrano, Fernando, versión actualizada p. 7 del artículo publicado en la Revista Universitas (U. Javeriana), Santafé de Bogotá, No. 83, 1992.

³⁹³ Cada año se reciben cerca de 400 demandas de arbitraje, siendo hasta ahora el año de 1996 el de mayor actividad, habiéndose recibido 433 demandas. Según el Reglamento Interior de la Corte de Arbitraje, la Corte puede aceptar el sometimiento de controversias comerciales que carezcan de carácter internacional, siempre que exista un convenio de arbitraje que le atribuya competencia, véase el art. 1o. de dicho ordenamiento.

³⁹⁴ De conformidad con estadísticas investigadas por Fernando Mantilla-Serrano, en 1996 se realizaron arbitrajes en 38 países diferentes (entre los cuales Suecia, Suiza, Turquía, Siria, Singapur, Qatar, Sudáfrica, Canadá, México, Brasil, Estados Unidos, España y la mayor parte de los países europeos), se nombraron 739 árbitros provenientes de 58 países (entre los cuales aparecen México, Argentina, Cuba, Colombia y Brasil). En lo que respecta a la naturaleza y nacionalidad de las partes, 5.4% de los arbitrajes sometidos en 1996 involucraban a un Estado o a una persona jurídica de derecho público. De las 1,145 partes involucradas en las demandas recibidas en ese año, el 42.6% provenían de fuera de Europa, eran originarias de 95 países diferentes. Por regiones el resultado es el siguiente: Europa Occidental, 49.5%, Europa Central y Oriental 7.9%; Medio Oriente 1.8%, Norte de África 2.3%, África 2.4%, Estados Unidos y Canadá 13.5%, Latinoamérica y el Caribe 11.5%, Asia 9.5% y Oceanía 1.6%. En el caso de Latinoamérica y el Caribe hubo partes provenientes de Argentina, Bermudas, Brasil, Cuba, Chile, Guatemala, Islas Vírgenes, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Véase versión actualizada pp. 2 y 3 del artículo publicado en la Revista Universitas (U. Javeriana), Santafé de Bogotá, No. 83, 1992.

³⁹⁵ Los idiomas que principalmente son utilizados, son: inglés, francés, español, alemán y con no tanta frecuencia el portugués, italiano y holandés. Idem, p. 3.

³⁹⁶ En la actualidad hay 881 procesos en curso por valor total superior a 24 mil millones de dólares. En 1996 el 49.2% de las demandas recibidas correspondieron a montos en litigio de más de 1 millón de dólares, cerca del 15.4% de los casos sometidos a la Corte se referían a sumas inferiores a 200 mil dólares. Idem, p. 2.

a. Reglamentos de Conciliación y de Arbitraje de la CCI.

La CCI tiene dos juegos de reglas que son altamente recomendados para solucionar controversias de carácter internacional. El primero es el relativo a un método alternativo para solucionar controversias, es decir a la conciliación, denominado Reglamento de Conciliación, formado por un artículo de preámbulo y 11 artículos en donde se encuentra regulado este procedimiento. La conciliación no es un paso obligatorio antes del arbitraje, es simplemente un procedimiento enteramente facultativo, sin que el actual reglamento ni el anterior exijan una gestión de conciliación previa a la introducción de la demanda de arbitraje. Igualmente permiten la tentativa de conciliación sin obligación posterior de pasar al arbitraje en caso de que la conciliación fracasare. En muchos casos se recomienda que se acuda al primero antes de pasar al segundo, para ahorrar tiempo y dinero.

Por otro lado, el segundo juego de reglas es conformado por el Reglamento de Arbitraje. Aunque forman dos cuerpos legislativos separados, la revisión del Reglamento de Conciliación y del Reglamento de Arbitraje ha sido casi de manera simultánea. Ambos reglamentos, han sido adoptados por la CCI en sus idiomas oficiales que son el inglés y el francés.³⁹⁷

Las primeras reglas de conciliación y arbitraje de la CCI se crearon en 1922 por un grupo especial creado por 16 miembros, uno de cada lugar en donde existía un Comité Nacional y fueron ratificadas en 1923 por el Congreso Romano. Posteriormente en el Congreso de Estocolmo en 1927, se adoptaron un grupo de reglas mejores y menos complicadas que sustituían a las anteriores.³⁹⁸ En el año de 1955 se reguló principalmente la actividad de los árbitros y en 1975 y en 1988, se modificaron las reglas nuevamente.³⁹⁹

Por la rápida evolución que ha tenido y está teniendo el arbitraje comercial, nuevamente se modificó y reformó, para dar lugar al nuevo y actual Reglamento de Arbitraje de la CCI, que entró en vigor el 1o. de enero de 1998,⁴⁰⁰ siendo la mayor revisión de dicho ordenamiento en los últimos 20 años. Es conveniente mencionar que el Reglamento de Conciliación no sufrió reforma alguna, por lo que, hasta el momento, sigue en vigor la versión adoptada en 1988, pero muy posiblemente se modifique con la finalidad de adaptarlo al progreso que ha habido en estos últimos 10 años.

³⁹⁷ En caso de diferencias o de contradicción entre el texto publicado en español y las versiones en inglés o en francés, prevalecerán estas últimas sobre aquél. La versión en español y en inglés se pueden conseguir en el Capítulo Mexicano, A.C. de la CCI.

³⁹⁸ Según el Dr. Frédéric Eisemann, la aportación más importante de estas reglas, es haber establecido un sistema de tribunal arbitral integrado por tres miembros únicamente, o en su defecto, un solo árbitro, pues considera que son las dos mejores opciones para resolver un conflicto. Igualmente, estas reglas establecieron la obligación de someter a la Corte el proyecto de sentencia arbitral para que sea revisado en cuanto a su forma, obligación que hasta la fecha tiene vigencia, a pesar de las muchas modificaciones que han soportado estas reglas. Véase Eisemann, Frédéric, **Op.cit.** nota al pie No. 168, p. 393.

³⁹⁹ Esta versión de las Reglas en español de la CCI, puede encontrarse en Briseño Sierra, Humberto, **Op.cit.** nota al pie No. 93, pp. 183.

⁴⁰⁰ De conformidad con lo establecido en el art. 7 de los estatutos de la Corte (Apéndice I), la Corte está encargada de someter eventualmente a la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional, a la cual nos referimos con anterioridad, todas las modificaciones que estime necesario efectuar al Reglamento de Conciliación y al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Aunque los anteriores Reglamentos de Arbitraje, tuvieron mucho éxito, ya que la experiencia ha demostrado un incremento substancial del número de asuntos, como se puede ver en la cantidad de arbitrajes sometidos a la CCI entre el año de 1976 y 1986, la cual es casi equivalente al número de asuntos tratados durante los 53 años precedentes,⁴⁰¹ y tomando en cuenta que, indudablemente el número de asuntos sujetos al arbitraje de la Corte de la CCI, ha aumentado a partir de la última década y que el futuro apunta hacia una gran ola de trabajo, se llegó a la conclusión de modificar el Reglamento de Arbitraje. Dicha modificación, en palabras de Fernando Mantilla-Serrano,⁴⁰² trajo como consecuencia un Reglamento en el cual se encuentran fielmente reflejadas las características fundamentales del arbitraje CCI (universalidad, neutralidad, imparcialidad, autonomía de las partes y supervisión), particularmente a través de mecanismos que el Reglamento contempla y que se han convertido en distintivos del arbitraje CCI, es decir, el acta de misión y el examen del proyecto de laudo. Por otro lado, también encontramos que los asuntos sujetos a la CCI en materia de arbitraje, han tenido una evolución en cuanto a la complejidad y cuantía del negocio.

Las modificaciones realizadas en el reglamento,⁴⁰³ tienen como objetivo incrementar la eficacia y la eficiencia del mismo, afrontando el desafío que presenta la evolución del arbitraje, sin perder sus características distintivas. Principalmente, se trató de dar más claridad y transparencia a lo establecido en este ordenamiento jurídico, regulando los arbitrajes multipartes, la interpretación y corrección de los laudos y otras disposiciones tendientes a acelerar el procedimiento y un nuevo arancel de gastos que se localiza en el apéndice III.

Es necesario tomar en cuenta que, de los cien países cuyos nacionales someten sus conflictos a la CCI, aproximadamente la tercera parte está en vías de desarrollo, enfocándose cada vez más a una mayor participación de estos ocupantes del planeta. Lo anterior, demuestra que la CCI y sus Reglamentos de Conciliación y de Arbitraje, están lo suficientemente adaptados para resolver adecuadamente los conflictos que surjan en cualquier rincón del mundo.

Así, podemos mencionar que la estructura del nuevo Reglamento de Arbitraje es la siguiente: (i) un prólogo; (ii) una cláusula modelo de arbitraje de la CCI; (iii) el texto propio del Reglamento de Arbitraje de la CCI (35 artículos.); (iv) el Apéndice I (Estatutos de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI); (v) el Apéndice II (Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), y; (vi) Apéndice III (Costos del Arbitraje y Honorarios).

b. Procedimiento de Arbitraje de Acuerdo con el Reglamento de la CCI.

⁴⁰¹ **"Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la CCI"**, Prólogo, ICC Publishing, S.A., París, Francia, 1988, p. 4.

⁴⁰² Mantilla-Serrano, Fernando, "La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI", artículo publicado en la Revista Universitas (U. Javeriana), Santafé de Bogotá, No. 83, 1992.

⁴⁰³ La lista de las disposiciones y de los apéndices del Reglamento que fueron modificados o añadidos al Reglamento de 1975, son las siguientes: artículos 2(5)-(13), 6(4), 9, 13(2) y 18 del Reglamento de Arbitraje; artículos 7, 11(a) y 14 del Reglamento Interior de la Corte de Arbitraje (Apéndice II), y; artículos 1 y 4 del Arancel de Conciliación de Arbitraje (Apéndice III).

Después de hacer un breve análisis desde el punto de vista orgánico y facultativo de la CCI, conviene referirnos al procedimiento de arbitraje que se puede realizar ante dicha institución.

Para tal efecto, proponemos analizar el reglamento antes mencionado aplicándolo a un caso hipotético, en el cual surge una controversia entre una empresa norteamericana y otra mexicana que habían celebrado un contrato de compraventa de maquinaria. En dicho contrato las partes establecieron un acuerdo arbitral, consistente en la cláusula modelo que propone la CCI y la cual se transcribe a continuación:

*"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."*⁴⁰⁴

Este modelo ha sido enriquecido con las características de este caso concreto, para quedar como sigue:

"Las partes acuerdan que todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, serán resueltas definitivamente, en una primera etapa, de acuerdo con el Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante la CCI) y, en caso de no encontrar ninguna solución al problema, por una segunda etapa de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Igualmente, las partes acuerdan lo siguiente:

- a) *Que tanto el procedimiento de Conciliación como el de Arbitraje, en su caso, serán administrados por la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI.*⁴⁰⁵
- b) *Que, en caso de acudir el procedimiento arbitral, la desavenencia será resuelta por un tribunal arbitral integrado por tres árbitros,*⁴⁰⁶ *designando*

⁴⁰⁴ Texto en inglés: "All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said rules."

Texto en francés: "Tous différends découlant du présent contract ou en relation avec celui-ci seront trachés définitivement suivant le Reglement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International par un ou plusieurs arbitres nommés conformément a ce Reglement."

⁴⁰⁵ La cláusula modelo de la ICC sufrió modificaciones en Montreal, Canadá en 1947.

Es recomendable que las partes, en un contrato, establezcan como primera instancia, acudir al procedimiento de conciliación que presta la CCI, siempre y cuando, por las circunstancias del caso concreto, exista una posibilidad de resolver el conflicto por ese medio; de lo contrario, se recomienda acudir directamente al procedimiento de arbitraje. Lo anterior, porque resulta más económica la instancia de conciliación y además, porque puede servir como base y preparación, para llevar a cabo un buen procedimiento de arbitraje.

⁴⁰⁶ De acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes pueden optar por elegir a un solo árbitro o a un tribunal integrado por tres (pudiendo ellas modificar esta regla). Si las partes designan al o los árbitros, la Corte debe confirmarlos antes de iniciar su actuación. Si las partes no han fijado de común acuerdo el número de árbitros la Corte nombrará un árbitro único, a menos que considere que la desavenencia justifica la designación de tres árbitros, caso en el cual, las partes tienen un plazo de quince días para proceder a la

cada parte, en la demanda y en la contestación de la misma, a un árbitro, y el tercero de ellos, quien presidirá el tribunal y quien deberá tener nacionalidad distinta a la de las partes,⁴⁰⁷ será nombrado por común acuerdo de los otros dos árbitros, en un plazo no mayor de 15 días y, en caso de no llegar a ese acuerdo, entonces será nombrado por la Corte de la CCI.⁴⁰⁸

- c) *Que, en los dos procedimientos de solución, es decir, en la conciliación y en el arbitraje, el derecho sustantivo que se aplicará es, en un primer término, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías;⁴⁰⁹ en lo que no se contraponga, la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías;⁴¹⁰ en lo que no se contraponga, los Incoterms⁴¹¹ (en caso de que las partes en un futuro decidan aplicar alguno en específico) y; en lo que no se contraponga, el derecho sustantivo mexicano aplicable.⁴¹²*
- d) *Que el derecho adjetivo aplicable es en la primera etapa, las reglas contenidas en el Reglamento de Conciliación de la CCI y, en la segunda, las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI y, en relación con el*

designación de sus respectivos árbitros. Si las partes han decidido la participación de un árbitro único, lo designarán de común acuerdo, teniendo un plazo máximo de 30 días y a falta de tal acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte. Véase artículo 8o. del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁴⁰⁷ De conformidad con el Reglamento, el tercer árbitro, quien actuara como Presidente será nombrado por la Corte a menos que las partes hayan convenido otro procedimiento. Igualmente, establece que el árbitro único o el presidente será de una nacionalidad distinta a la de las partes, salvo que las circunstancias justifiquen lo contrario. Art. 8.4 y 9.5.

⁴⁰⁸ Cuando la Corte de Arbitraje o el Secretario General, nombran o confirman a los árbitros, deben tomar en cuenta su nacionalidad, su residencia y cualquier otra relación que tuvieren con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje. Cuando incumbe a la Corte el nombramiento de algún árbitro, debe hacerse éste, tras haber solicitado una propuesta al Comité Nacional que considere apropiado (en caso de que sea la elección de un árbitro que le correspondía a una de las partes, la Corte debe acudir al Comité Nacional del país de que es nacional esa persona), y de no aceptar dicha propuesta, o en el supuesto de que no hubiere Comité Nacional en el país en cuestión o que el Comité Nacional no haya presentado la propuesta en el término fijado por la Corte, ésta puede reiterar su petición o solicitar una propuesta de otro Comité Nacional apropiado. Obviamente, las partes tienen el derecho de oponerse a la decisión de la Corte en un plazo fijado por ella. Art. 9.

⁴⁰⁹ Véase supra nota al pie No. 178.

⁴¹⁰ La Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías se concertó en Nueva York, el 14 de junio de 1974. El 11 de abril de 1980 se concertó en Viena, un protocolo mediante el cual se enmendaron algunos artículos de la Convención sobre la prescripción de 1974, ambos entraron en vigor el 1o. de agosto de 1988.

Dicha Convención determina los derechos y acciones que un comprador y un vendedor tienen entre sí derivados de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, o relativos a su incumplimiento, resolución o nulidad, que no puedan ya ejercitarse a causa de la expiración de un plazo. Véase artículo 1o. de la Convención.

⁴¹¹ Véase supra notas al pie Nos. 61 y 62.

⁴¹² En caso de que las partes no hubieran determinado el derecho aplicable al fondo del asunto, es facultad del tribunal arbitral aplicar las normas jurídicas que considere apropiadas, tomando siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. Se hace mención nuevamente de la posibilidad de decisión bajo los poderes de amigable componedor (*ex aequo et bono*) si hay común acuerdo a tal efecto. Art. 17.

procedimiento probatorio, siempre y cuando no esté en contra de lo establecido por los reglamentos antes mencionados, se aplicarán las Normas Complementarias que Rigen la Presentación y Recepción de la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, aprobadas por la AIA.⁴¹³ En caso de silencio de estos reglamentos y normas complementarias, y de conformidad con lo acordado en el inciso e) de esta Cláusula, se aplicará el derecho procesal mexicano; es decir, primeramente el Título Cuarto (Del Arbitraje Comercial), Libro Quinto (De los Juicios Mercantiles) del C. Com. y, en segundo término el Código Federal de Procedimientos Civiles, en las materias que específicamente se señalan en dicho Título.⁴¹⁴

- e) *Que la sede en la cual se ventilará el arbitraje, sea la ciudad de México.⁴¹⁵*
- f) *Que el idioma en el cual se llevará a cabo el procedimiento de arbitraje será el Inglés, sin perjuicio de que alguna de las partes haga la traducción de algún documento que se utilice o sea derivado de dicho procedimiento.⁴¹⁶*
- g) *Que una vez surgida la controversia, las partes se obligan a tener una conferencia previa a las actuaciones, con la finalidad de aclarar distintos aspectos formales del procedimiento.⁴¹⁷*

Es importante recordar la importancia que tiene el contenido del acuerdo arbitral, ya que de éste se derivan las obligaciones de las partes y las condiciones que se utilizarán al resolver el conflicto. Por el simple hecho de que las partes, mediante el acuerdo arbitral, adopten acudir a la CCI para resolver su conflicto, surgen los siguientes efectos:

- a. El sometimiento automático a las disposiciones de los Reglamentos de Conciliación y de Arbitraje de la CCI, vigentes al momento de la fecha de inicio del proceso de arbitraje.⁴¹⁸

⁴¹³ Véase supra pp. 122.

⁴¹⁴ Véase art. 15 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁴¹⁵ En caso de que las partes no establezcan la sede del arbitraje, lo hará directamente la Corte. Véase art. 14 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Es importante no confundir el lugar del arbitraje con la ciudad de París que es en donde se encuentra la Corte de Arbitraje de la CCI, pues se podría pensar que como es un arbitraje que se somete a dicho organismo, en consecuencia el lugar del arbitraje necesariamente debe ser esa ciudad, lo que es incorrecto. Asimismo, es importante mencionar que las partes y el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, pueden celebrar audiencias y reuniones en cualquier otro lugar, así como que el tribunal arbitral tiene libertad de liberar en cualquier parte del mundo.

⁴¹⁶ A falta de acuerdo, el tribunal arbitral decidirá tomando en cuenta el idioma del contrato y demás circunstancias pertinentes. Art. 16.

⁴¹⁷ Véase supra p. 111.

⁴¹⁸ Véase supra p. 141.

- b. Si alguna de las partes se rehusa o se abstiene de participar en el arbitraje, éste tendrá lugar a pesar de la negativa o de la abstención. Debemos tomar en cuenta que lo anterior no sucede en el caso del procedimiento de conciliación.⁴¹⁹
- c. El tribunal arbitral debe decidir sobre su competencia, en caso de que la parte demandada no conteste la demanda o si alguna parte alegue una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio de arbitraje.
- d. Cuando el contrato en el cual se encuentre el acuerdo de arbitraje sea declarado nulo o inexistente, salvo pacto en contrario, no se produce la incompetencia del tribunal arbitral, si éste admite la validez del convenio de arbitraje.

Una vez surgida la controversia, para poder iniciar el procedimiento de conciliación, la parte afectada y consecuentemente la interesada en hacer cumplir el acuerdo de conciliación y arbitral antes transcrito, debe presentar una solicitud ante la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la CCI, exponiendo de manera sucinta los puntos controvertidos y la existencia de la cláusula de conciliación y arbitral (es decir, sería el equivalente a un escrito de demanda), acompañado del pago correspondiente.⁴²⁰

Posteriormente y a la brevedad posible, la Secretaría de la Corte notifica a la otra parte la solicitud de conciliación, fijando un plazo de 15 días para que informe a la Secretaría si acepta o no participar en la tentativa de conciliación. Si la parte requerida acepta, debe comunicarlo a la Secretaría dentro del plazo antes señalado y, a falta de contestación dentro de dicho plazo o en caso de contestación negativa, la solicitud de conciliación se considerará rechazada.

Recibida la aceptación, el Secretario General de la Corte nombrará un conciliador, quien informará a las partes de su nombramiento, fijando un plazo a éstas para que

⁴¹⁹ Véase supra p. ____

⁴²⁰ En cuanto a la cuestión pecuniaria del procedimiento de conciliación, el Apéndice III (Arancel de Gastos de Conciliación y de Arbitraje) y el artículo 9o. del reglamento expedido por la CCI, establecen que los gastos administrativos para el procedimiento de conciliación corresponden a la cuarta parte de la cuantía que resulte de la aplicación del arancel para el cálculo de gastos administrativos ahí establecido. En el supuesto de que la cuantía del litigio en el procedimiento de conciliación sea indeterminada, corresponde al Secretario General de la Corte de Arbitraje fijar los gastos administrativos. Igualmente corresponde a ese Secretario, fijar el monto de los honorarios del conciliador, los cuales corren a cargo de las partes. Dicha suma debe ser razonable en vista del tiempo dedicado al caso, de su complejidad y de cualquier otra circunstancia digna de consideración. La Secretaría de la Corte, al abrir el expediente, fijará la suma que las partes deben pagar para la substanciación del procedimiento de conciliación. Dicha suma cubre los honorarios estimados de conciliación, los gastos del procedimiento y los gastos administrativos que resulten de la aplicación del arancel. Al efecto, cada parte en un litigio sometido a conciliación según el Reglamento de Conciliación Facultativo de la CCI está obligada a efectuar un pago de US\$500 a título de abono sobre los gastos administrativos, sin el cual no será considerada ninguna demanda de conciliación. Este pago, percibido definitivamente por la CCI y no reembolsable, es deducible de los gastos administrativos fijados al arancel. En el supuesto de que la Secretaría de la Corte considere que, en razón del desarrollo de la conciliación, la suma provisionalmente pagada resulta insuficiente para cubrir la totalidad de los gastos, solicitará a las partes el pago de un complemento que cubrirán por partes iguales; en general y salvo pacto en contrario de las partes, cada una debe soportar la mitad de las costas de la conciliación, salvo aquellos gastos que sean realizados por cada parte con motivo de la conciliación, pero fuera del procedimiento.

presenten sus argumentos ante él. Las partes pueden ser asistidas por un asesor a su elección.

Este procedimiento, sumario y confidencial, se desarrolla en la sede que fijará el conciliador, quien lo resuelve guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia.

En cualquier momento del procedimiento, el conciliador puede solicitar que las partes le proporcionen la información adicional que considere necesaria.

Al concluir la conciliación,⁴²¹ el conciliador comunica a la Secretaría de la Corte, según sea el caso, la transacción firmada por las partes, el acta que constata el fracaso o la decisión de una o ambas partes de no continuar con el procedimiento de conciliación.

Por último, es necesario hacer notar la independencia que existe entre el procedimiento de conciliación y el de arbitraje; prueba de ello es la separación de gastos que se derivan de cada uno y la regulación diversa que se les aplica.

En el supuesto de que no se llegue a algún acuerdo con el procedimiento de conciliación, y atendiendo a lo establecido en el acuerdo arbitral mencionado - en el caso hipotéticamente planteado -, las partes deberán acudir al procedimiento arbitral ante la misma Corte de Arbitraje de la CCI.

El procedimiento de arbitraje, como todo procedimiento, se inicia con un escrito de demanda (*Request for Arbitration*) que presenta la parte que desea recurrir a dicho medio de solución de controversias, ante la Secretaría de la Corte, ya sea directamente o por conducto de su Comité Nacional.⁴²² Dicho escrito de demanda debe contener principalmente la siguiente información:

- a) nombre completo, descripción y dirección de las partes;
- b) una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia origen de la demanda;
- c) una indicación de las pretensiones, declaraciones y condena solicitada y, en la medida de lo posible, de los montos reclamados;
- d) los convenios pertinentes y, particularmente, el acuerdo de arbitraje;

⁴²¹ El procedimiento de conciliación concluye: a) con la firma de un acuerdo por las partes, en cuyo caso quedan obligadas por este acuerdo que permanece confidencial a menos que su ejecución o aplicación requieran su revelación; b) con la redacción de un acta no motivada en la cual el conciliador hará constar el fracaso de la tentativa de conciliación, y; c) con la notificación al conciliador por una o ambas partes, en cualquier momento de la conciliación, de su decisión de no continuar con el procedimiento de conciliación.

⁴²² Igualmente que en el procedimiento de conciliación, la Corte fija el importe de la "Provisión de Fondos" para hacer frente a los gastos de arbitraje derivados de las demandas que se le someten (el Apéndice II establece la cantidad de USD\$2,500.00). Si independientemente de la demanda principal, se formulan una o varias demandas reconventionales, la Corte puede fijar provisiones separadas para la demanda principal y para la demanda o demandas reconventionales. Corresponde a ambas partes el pago por partes iguales de estas provisiones. Sin embargo, en el supuesto de que una de las partes no lo realice, el pago correspondiente a la demanda principal o reconvenional podrá ser efectuado en su totalidad por la otra parte. Véase art. 4.4 y Apéndice III del Reglamento de Arbitraje.

- e) toda indicación pertinente en relación con el número de árbitros y su selección de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10, así como la designación del árbitro que en ellos se requiera, y;
- f) cualesquiera indicaciones útiles en relación con la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje.

La Secretaría se encarga de notificar a la otra parte,⁴²³ acompañando una copia de la demanda y de la documentación presentada,⁴²⁴ otorgándole un plazo de 30 días⁴²⁵ para la elección del árbitro que le corresponde y para presentar la contestación a dicha demanda o reconvencción de la misma (*Answer to the Request for Arbitration*).⁴²⁶ La demanda de reconvencción, a la que la parte demandada tiene 30 días para su réplica, deberá ser presentada con la contestación y deberá contener:

- a) una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia origen de la demanda reconvenccional, y
- b) una indicación de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas y, en la medida de lo posible, de los montos reclamados.

La elección de los árbitros debe llevarse a cabo según lo establecido en el acuerdo arbitral;⁴²⁷ en el caso hipotético planteado sería: uno de cada parte y un tercero, de nacionalidad distinta a los anteriores, que ocupará el cargo de presidente del tribunal, designado por los dos primeros. El tribunal arbitral debe obtener la confirmación de sus miembros por parte de la Corte de Arbitraje de la CCI, para poder iniciar su actuación dentro del procedimiento.

⁴²³ Las notificaciones o comunicaciones de la Secretaría y del tribunal arbitral se consideran válidamente hechas si son entregadas contra recibo, correo certificado, servicio de mensajería, telefacsímil, telex, telegrama o por cualquier otro medio de telecomunicación que provea prueba del envío, siempre y cuando sea a la última dirección comunicada por la parte destinataria o su representante. Véase ____ (e-mail)

⁴²⁴ Las memorias y notas escritas presentadas por las partes, así como los documentos anexos, deben ser presentados en tantas copias como partes haya, más una para cada miembro del tribunal arbitral y otra para la Secretaría.

⁴²⁵ En materia de arbitraje comercial internacional, ventilado ante la CCI, los plazos se cuentan utilizando los días naturales, y comenzarán a correr a partir del día siguiente de aquél en que una comunicación o una notificación se considera efectuada. Sin embargo, en el supuesto que el día siguiente de aquél en que una notificación o una comunicación se considere efectuada, o que el último día del plazo fueren feriados o inhábiles en el país donde se realizó, el plazo comienza o vence, respectivamente, al primer día hábil siguiente.

⁴²⁶ La parte demandada podrá solicitar a la Secretaría un nuevo plazo para exponer su defensa y presentar sus documentos. Sin embargo, la solicitud de prórroga deberá contener los comentarios relacionados con el número de árbitros y su elección. Véase artículo 5o. del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Cuando no exista entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando exista un convenio que no se refiera a la CCI, si la parte demandada no contesta en el plazo de 30 días previsto en el artículo 5-1 del Reglamento de Arbitraje, o si declina el arbitraje de la CCI, se informará a la parte demandante que el arbitraje no puede tener lugar.

⁴²⁷ Salvo pacto en contrario entre las partes, el conciliador, en caso de haber acudido al procedimiento conciliatorio, queda inhabilitado para actuar en cualquier procedimiento judicial o arbitral relacionado con la desavenencia objeto de la conciliación, ya sea como árbitro, ya sea como representante o asesor de alguna de las partes. Igualmente las partes se comprometen, salvo pacto en contrario, a no citar al conciliador como testigo en dichos procedimientos. Véase artículo 10 del Reglamento de Conciliación Facultativo de la CCI.

Es importante mencionar que el nuevo Reglamento regula los arbitrajes multilaterales lo que lo coloca a la vanguardia en la regulación jurídica del tema. Cuando hay muchas partes, ya sea demandantes o demandadas y bajo el supuesto de que la disputa se resolverá con la intervención de un tribunal arbitral integrado por tres árbitros, los múltiples demandantes y los múltiples demandados tendrán derecho a nombrar un solo árbitro que represente sus intereses. En caso de que no sea posible lo anterior y si las partes no se pueden poner de acuerdo en el procedimiento para elegir árbitros, la Corte designará a los árbitros que considere adecuados para el caso concreto.⁴²⁸

Antes del nombramiento o confirmación por parte de la Corte, la persona propuesta como árbitro, dará a conocer por escrito a la Secretaría, los hechos y circunstancias susceptibles de poner en duda su independencia con las partes,⁴²⁹ y en caso de no existir éstos, deberá suscribir una declaración de independencia, ya que todo árbitro nombrado o confirmado por la Corte debe ser y permanecer independiente de las partes en causa. En el supuesto de que esto no sea así, se debe iniciar con el procedimiento de recusación de tal persona.⁴³⁰

Una vez contestada o reconvenida la demanda, o bien, al transcurrir el plazo de 30 días que se otorga para llevar a cabo dicha contestación o reconvenición, es decir, una vez constituido el tribunal arbitral, la Secretaría entrega el expediente a dicho tribunal.⁴³¹

Después de realizada la elección, confirmación y aceptación de los miembros del tribunal arbitral, quienes se comprometen a cumplir su función de acuerdo con el Reglamento de la CCI, y dentro del período de dos meses siguientes a la entrega del expediente al tribunal arbitral, elaborará, con la intervención directa de las partes, una “Acta de Términos de Referencia” (*Terms of Reference*) (antes conocida como “Acta de Misión del Arbitro”); que es el documento que precisa la *litis* y los elementos que se utilizarán para resolver los puntos contenidos en dicha *litis*, así como que aclara diversos puntos de carácter formal dentro del procedimiento arbitral

⁴²⁸ Art. 10.

⁴²⁹ Igualmente debe proporcionarse dicha información, cuando los hechos o circunstancias que sean causa de recusación, surjan en el período comprendido entre su nombramiento o confirmación y la notificación del laudo.

⁴³⁰ La demanda de recusación se presenta ante la Secretaría, mediante escrito en el que se precisen los hechos y circunstancias en que se funde la petición y para que sea admisible deberá ser formulada dentro de los treinta días siguientes a la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o del hecho y circunstancias en que funden su petición. La Corte se pronuncia sobre la admisibilidad y al mismo tiempo sobre el fondo de la solicitud, después de conceder un plazo razonable al árbitro en cuestión, a las partes y a los otros miembros del tribunal arbitral, para formular sus observaciones. Se procederá igualmente a la sustitución de un árbitro, cuando la Corte determine que concurre un impedimento de *iure* o de *facto* al cumplimiento de su misión o cuando no cumpla con sus funciones de acuerdo con el Reglamento o dentro de los plazos impartidos.

En caso de sustitución de un árbitro, la Corte decidirá discrecionalmente, si sigue o no el procedimiento original de designación, asimismo, podrá decidir que los árbitros restantes continúen con el arbitraje. Una vez reconstituido, el tribunal arbitral resolverá, después de atender las observaciones de las partes, si se repetirán las actuaciones anteriores. Es importante mencionar lo establecido en el Reglamento, relativo a que las decisiones de la Corte concernientes al nombramiento, confirmación o sustitución de árbitros no son susceptibles de recurso alguno.

⁴³¹ La Secretaría puede subordinar la entrega del expediente al tribunal arbitral, al pago a la CCI por las partes o por una de ellas de todo o parte de la provisión de fondos.

Lo recomendable en estos casos y de acuerdo con lo establecido en el acuerdo arbitral del caso hipotéticamente planteado, es que las partes se reúnan con el tribunal arbitral, después de que todos los involucrados hayan analizado los documentos escritos, para celebrar una audiencia o conferencia previa a las actuaciones, para que en ella se acuerden los términos del Acta de Términos de Referencia.⁴³² De conformidad con el Reglamento, el Acta deberá contener:

- a) Nombre completo y la descripción de las partes;
- b) Dirección de cada una de las partes en la que se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje;
- c) Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de las declaraciones y condenas solicitadas y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas;
- d) A menos que el tribunal arbitral lo considere inoportuno, la determinación de los puntos litigiosos por resolver;
- e) Nombres y apellidos completos, descripción y dirección de los árbitros;
- f) Sede del arbitraje;
- g) Precisiones en relación con las normas procesales aplicables y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral, para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono*;

Las nuevas reglas establecen que si el acta de Términos de Referencia no ha sido formada o aprobada por la Corte, ésta puede autorizar que una demanda de arbitraje se incorpore a un procedimiento pendiente, siempre y cuando se trata de las mismas partes y sea solicitado por alguna de las partes. En caso de que ya se hubiere firmado o aprobado el acta antes mencionada, se requiere la aprobación del tribunal arbitral para unir dos o mas asuntos respecto a las mismas partes.⁴³³ Esta innovación definitivamente fue un buen acierto de la CCI pues economiza la resolución de los conflictos comerciales internacionales.

En el supuesto de que durante el procedimiento las partes formulen ante el tribunal arbitral nuevas demandas, principales o reconconvencionales, relativas a la relación jurídica que ya es objeto del procedimiento arbitral pendiente entre las mismas partes y siempre que permanezcan dentro de los límites fijados por el acta de misión o que se incluyan en un *addendum* a este documento, firmado por las partes y comunicado a la Corte, estas demandas pueden acumularse para ser falladas en el mismo laudo.

Otro documento que se deriva de las audiencias o conferencias previas a las actuaciones o, en caso de no existir estas juntas, de los términos de referencia, es el “Calendario Provisional” que, como su nombre indica, establece las fechas, formas, horas y lugares para las etapas posteriores del procedimiento arbitral.

⁴³² Dicha acta debe ser firmada por las partes y por los miembros del tribunal arbitral, dentro de los dos meses siguientes a la entrega del expediente; este plazo es prorrogable a criterio de la Corte. Si una de las partes rehusa participar en la redacción o firma del acta, la Corte la aprobará y otorgará un plazo para que la parte rebelde firme y en caso de negativa continuará el procedimiento arbitral y se dictará el laudo. Una vez firmada el Acta de Términos de Referencia, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, salvo autorización del tribunal arbitral.

⁴³³ Art. 4.6 y 19.

Posteriormente sigue la etapa denominada " Instrucción de la Causa o Establecimiento de los Hechos del Caso" (*Establishing the Facts of the Case*) en donde el tribunal arbitral desarrolla el procedimiento en los plazos más breves, utilizando todos los documentos e informaciones que tenga, teniendo la facultad de oír a las partes en caso de que alguna de ellas así lo solicite; o bien, de oficio. Igualmente debe decidir sobre las medidas que debe tomar para proteger secretos comerciales e información confidencial, así como sobre la audición de testigos y peritos nombrados por las partes para oír sus puntos de vista en relación con el asunto, y nombrar a uno o varios peritos de quienes recibe sus informes y los interroga en caso de considerarlo necesario. El tribunal arbitral puede fallar el asunto únicamente tomando en cuenta la prueba documental, a menos que alguna parte solicite la celebración de una audiencia, teniendo el tribunal arbitral la facultad de solicitar pruebas adicionales en todo momento.

Tratándose de las audiencias, el tribunal arbitral, a petición de una de las partes o de oficio y observando un plazo razonable, cita a las partes para que comparezcan ante él el día y hora que señale, informando de ello a la Secretaría. Si una parte no acude a la audiencia, a pesar de haber sido debidamente convocada, el tribunal arbitral podrá continuar con la celebración de dicha audiencia.

Las audiencias siempre son presididas por el tribunal arbitral y las partes tienen derecho a participar, teniendo las audiencias el carácter de privadas, a menos que el tribunal arbitral y las partes autoricen la entrada a personas extrañas al procedimiento. Las partes pueden acudir personalmente o por representantes debidamente acreditados; igualmente pueden estar asistidas por asesores, siendo los abogados de cada una quienes desempeñan esta labor.

La siguiente etapa del procedimiento es el "Cierre de la Instrucción" (*Closing of the Proceedings*) se da cuando el tribunal arbitral considera que las partes han contado con oportunidad suficiente para exponer su posición. Después de esta etapa, y salvo autorización del tribunal arbitral, ningún escrito, alegación ni prueba pueden ser presentados. Asimismo, esta es la etapa en la que el tribunal arbitral debe indicar a la Secretaría la fecha aproximada en la que el proyecto del laudo será sometido a la Corte para su aprobación.

Es importante mencionar la innovación en el Reglamento, la cual vemos también en otros reglamentos recientemente reformados como es el caso de la LCIA, que prevé la facultad del tribunal arbitral, a solicitud de parte, de ordenar medidas conservatorias o provisionales que considere apropiadas, pudiendo subordinar la orden al otorgamiento de una garantía. Como los árbitros no tienen facultad de imperio, se prevé la posibilidad de solicitar dichas medidas a la autoridad competente.⁴³⁴

El tribunal arbitral tiene un término de seis meses,⁴³⁵ prorrogable, para dictar el laudo arbitral. En caso de un tribunal integrado por mas de un miembro, la decisión es tomada por mayoría, a falta de la cual, el presidente lo dictará solo. El laudo, que puede ser

⁴³⁴ Véase art. 23 y supra pp.

⁴³⁵ El plazo comienza a correr a partir del día de la última firma del acta correspondiente a los Términos de Referencia o a partir de la fecha en que la Secretaría notifique al tribunal arbitral la aprobación de dichos términos por la Corte, en caso de que una de las partes se rehuse a participar en la redacción del acta.

por consenso entre las partes,⁴³⁶ siempre debe estar motivado y se considera pronunciado en la sede del arbitraje y en la fecha que en él se menciona.

Las reglas prevén como elemento *sine-qua-non* del procedimiento arbitral, el examen previo del laudo por la Corte, sin importar que se trate de un laudo parcial o final,⁴³⁷ lo que es, como ya habíamos mencionado, una característica esencial de la CCI, quien podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Dictado el laudo,⁴³⁸ la Secretaría de la Corte notifica a las partes siempre y cuando los gastos de arbitraje hayan sido íntegramente pagados a la CCI.⁴³⁹

Finalmente, es necesario mencionar que el Reglamento de la CCI otorga a los laudos el carácter de obligatorio para las partes y la renuncia de las partes a cualquier vía de recurso. Por consiguiente, las partes deben cumplir voluntariamente el laudo⁴⁴⁰ y, en caso contrario, entraría la función de la ya famosa y mundialmente reconocida Convención de Nueva York.⁴⁴¹

El laudo arbitral además de referirse al fondo del asunto, se refiere a las costas del arbitraje, entendida ésta como los honorarios y gastos de los árbitros,⁴⁴² así como los gastos administrativos de la CCI, de conformidad con el arancel vigente a la fecha de inicio del proceso. Asimismo, se incluyen los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa y demás gastos eventuales del tribunal arbitral.

El Dr. *Ottoarndt Glossner*,⁴⁴³ en 1984 cuando actuaba como Presidente de la Comisión de Arbitraje Internacional, opinó que el arbitraje internacional institucional debe tener, - además de los requisitos básicos como la confidencialidad, rapidez en las actuaciones y ejecutabilidad de las decisiones -, un resultado financieramente sólido y la estructura necesaria para unir barreras geográficas y lingüísticas entre las partes, así como la neutralidad de los árbitros. También debe tener la capacidad de proporcionar consejos y respuestas acertadas en todas las posibles cuestiones que se den en el comercio.

⁴³⁶ Véase supra pp.

⁴³⁷ Los árbitros están facultados para dictar sentencias sobre cuestiones incidentales y sobre las cuestiones previas (laudos parciales) que sean necesarias resolver a fin de analizar sobre el fondo de la disputa (laudo final).

⁴³⁸ El tribunal arbitral puede corregir de oficio cualquier error de cálculo, tipográfico o de naturaleza similar, siempre y cuando dicha corrección sea sometida a la Corte para su aprobación dentro de los 30 días siguientes a la fecha del laudo. En caso de petición de alguna de las partes, se deberá dirigir a la Secretaría, quien otorgará un plazo breve a la otra parte para que presente sus comentarios.

⁴³⁹ En cualquier momento y exclusivamente a las partes que lo soliciten, se pueden expedir copias certificadas por el Secretario del laudo arbitral original, el cual se debe depositar en la Secretaría.

⁴⁴⁰ Según el Dr. Ottoarndt Glossner, el 90 % de las sentencias arbitrales resultado de procedimientos ante la CCI son cumplidas voluntariamente. Véase Glossner, Ottoarndt, *"The Influence of the International Chamber of Commerce upon Modern Arbitration"*, **"60 years of ICC Arbitration, a Look at the Future"**, ICC Publishing, S.A., 1984, París, France, p. 403.

⁴⁴¹ Véase supra pp. —

⁴⁴² Si las circunstancias del caso lo justifican, la Corte de la CCI puede fijar los honorarios del árbitro en una suma superior o inferior a los establecidos en el arancel.

⁴⁴³ Glossner, Ottoarndt, **Op. cit.** nota al pie No. 289, p.399.

Sigue diciendo el Dr. *Glossner* que sólo una organización comercial multinacional y dinámica como la CCI podría llevar a cabo tales objetivos.

Desde hace varios años México inició un proceso de modernización acelerado. Todos los sectores productivos del país han aportado su mejor esfuerzo para sumarse a los adelantos de la globalización, que es un proceso de cambio que ha trascendido todas las fronteras. En este marco de acontecimientos, los comerciantes del país y los profesionales que los asesoran, particularmente los abogados, deben adaptarse a las recientes transformaciones, especialmente en el ámbito de los mecanismos para la solución de controversias. Sin perjuicio de la capacitación y el adiestramiento que, se adquieran mediante la actualización profesional, una garantía para obtener resultados satisfactorios la constituye acudir a instituciones especializadas como la CCI u otros organismos de reconocida capacidad y prestigio.

4.2.2. La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (CLAI)– *The London Court of International Arbitration (LCIA)* -.

La Corte de Londres de Arbitraje Internacional, mejor conocida por sus siglas en inglés “LCIA” fue la primera institución arbitral en el mundo y ha funcionado, en gran medida, como el modelo a seguir por las demás instituciones. Asimismo, ha participado en la creación de la mayoría de los documentos internacionales en la materia.

La LCIA fue fundada en la ciudad de Londres en 1892, bajo el nombre de “La Cámara de Arbitraje de Londres” (*The London Chamber of Arbitration*). Sus orígenes vienen de las siguientes tres corporaciones, con las cuales todavía tiene estrechas relaciones a través de un Consejo Consultivo Común (*Joint Consultive Council*): (i) la Corporación de la Ciudad de Londres (*the Corporation of the City of London*),⁴⁴⁴ quien dio la iniciativa para el primer nombre de la Corte; (ii) la Cámara de Comercio e Industria de Londres (*the London Chamber of Commerce and Industry*).⁴⁴⁵ La LCIA comenzó como una extensión de esta Cámara, y; (iii) el Instituto de Diplomados de Arbitros (*the Chartered Institute of Arbitrators*).⁴⁴⁶

La LCIA funcionó en un inicio, como un foro inglés en la solución de controversias sujeto a reglas puramente inglesas. La función doméstica de la LCIA en ese momento se justifica por la época en mención, es decir, las transacciones internacionales no jugaban un

⁴⁴⁴ Esta corporación es la autoridad local del centro financiero y comercial de Brataña, cuya principal labor es mantener el status de la ciudad como un líder mundial dentro de los centros financieros, garantizando los mejores servicios ofrecidos en otras partes del mundo. La corporación trabaja con una estructura de miembros elegidos, comites y departamento diversos.

⁴⁴⁵ Esta institución ha tenido la misión de servir a los negocios que se encargan del desarrollo económico y la cualidad de vida en el área metropolitana de Londres.

⁴⁴⁶ Este instituto se fundó en 1915, contando con el carácter de corporación en 1924 y el de organismo real en 1979. Finalmente en 1990 se le dio el status de sociedad benéfica. Es un organismo profesional con sede en Londres, con mas de 8000 membresias en mas de 184 países alrededor del mundo. El objetivo principal del instituto es promover y facilitar la resolución de disputas mediante el uso del aritrage.

importante papel para entonces, ya que el ser humano sobrevivía con los recursos naturales que encontraba dentro de sus territorios y con los productos que fabricaba en su economía interna.

El nombre original de la LCIA se utilizó por un periodo de 10 años aproximadamente; después, en 1903, cambió a “La Corte de Londres de Arbitraje” (*The London Court of Arbitration*), denominación que refleja una mayor actividad judicial que la primera pero la institución seguía actuando únicamente como un foro arbitral doméstico.

La LCIA ha tenido importantes lazos con otras instituciones arbitrales, como es el caso de la CCI, quien desde sus inicios sufrió gran influencia de su compañera londinense.⁴⁴⁷ La CCI también se inspiró en las reglas de arbitraje de la LCIA para redactar sus primeras reglas.

Un año importante para esta Corte fue 1981, durante el cual cambió a un perfil internacional el de carácter doméstico bajo el que se manejaba con sujeción a reglas, prácticas e intereses puramente ingleses. En consecuencia, agregó la palabra “internacional” a su nombre y quedó tal y como la conocemos actualmente. Podría decirse que el futuro de la institución será suprimir la palabra Londres de su nombre, con la finalidad de demostrar una de sus principales características, es decir, internacionalismo y universalidad y, aunque se ha pensado en ello, se ha concluido que no sería conveniente, pues ya cuenta con una reputación muy importante que se vería de cierta manera afectada con este cambio; además, debemos reconocer el gran prestigio con el que cuenta esta ciudad, siendo hoy por hoy uno de los centros legales, financieros y comerciales mas importantes del mundo.

Hoy en día, la LCIA es una organización internacional, con sede en Londres,⁴⁴⁸ cuya máxima autoridad es una mesa directiva formada por personas con amplia experiencia en arbitraje internacional.

La LCIA tiene una Corte de Arbitraje, mejor conocida como “la Corte de la LCIA” (*the LCIA Court*)⁴⁴⁹ integrada por un Presidente, cuatro Vice-Presidentes y otros 25 miembros, todos ellos son árbitros con reconocida experiencia alrededor del mundo, en materias específicas. Los miembros son designados por periodos de tres años y se reúnen por lo menos una vez al año, con un *quórum* de 7 miembros. Los servicios específicos de la Corte de la LCIA son aquellos relacionados con el control de la efectiva operación y aplicación de las Reglas de la LCIA.

⁴⁴⁷ Uno de los miembros, en 1923, de la Corte de Arbitraje de la CCI fue el señor H.L. Symonds, quien fue el Presidente de la Cámara de Comercio de Londres y el Presidente Suplente de la Corte de Londres de Arbitraje.

⁴⁴⁸ Las oficinas centrales de la LCIA se encuentran en: *Hulton House, 6th floor, 161-166 Fleet Street, London, EC4A 2DY*, Inglaterra. Tel 44-(0)171-936-3530, Fax: 44-(0)171-936-3533. El 10 de abril de 1992 las oficinas centrales de la LCIA ubicadas en St. Mary Axe fueron completamente destruidas por una bomba terrorista. Expedientes de casos arbitrales tuvieron que ser reconstruidos con la finalidad de seguir con los precedimientos.

⁴⁴⁹ Es importante no confundir la LCIA con la Corte de Arbitraje de la LCIA, ya que ambas tienen la palabra “corte” en su denominación, pero en realidad la segunda es parte de la primera.

Otros importantes cargos son: el del Registrador, el del Registrador Suplente⁴⁵⁰ y el de la Secretaría cuya sede está en Londres. Tanto el Registrador y su suplente, como la propia Secretaría se encargan de efectuar, en nombre de la Corte de la LCIA, las operaciones día-a-día y los actos propios de la administración de los arbitrajes y las demás funciones administrativas bajo las reglas aplicables, ofreciendo asistencia a las partes, a sus representantes y al tribunal arbitral.

Por otra parte, están los Consejos de Usuarios (*User's Councils*) que constituyen un importante soporte del aspecto internacional de la LCIA y un medio idóneo para darse cuenta de los constantes cambios en el mundo de los negocios. Cada Consejo de Usuarios tiene su propia Secretaría y se encarga de su respectivo programa de actividades adaptado a las necesidades de la región. A la fecha, existen cuatro Consejos de Usuarios alrededor del mundo:

- El Consejo Europeo de la LCIA. Abarca los países Europeos y adyacentes, incluyendo países de Europa del Este y del Medio Oriente.
- El Consejo Norte Americano de la LCIA. Comprende los países de América del Norte y países adyacentes.
- El Consejo Asia-Pacífico de la LCIA. Incluye los países del sur-este de Asia y de la Cuenca del Pacífico.
- El Consejo Pan-Africano de la LCIA. Engloba los países Africanos.

Los Consejos de Usuarios trabajan basados en un sistema de membresías.⁴⁵¹ Al mes de julio de 1997, la LCIA contaba con aproximadamente 700 miembros, entre individuos y corporaciones, provenientes de un gran número de países (alrededor de 69 países). Todos los miembros son asignados al Consejo de Usuarios que geográficamente les corresponde. Existen dos tipos de membresías: (i) la Membresía Corporativa: que está designada para compañías; despachos de abogados; cámaras de abogados; escuelas de derecho; organizaciones arbitrales; asociaciones de profesionistas, de comercio y consumo; y otras organizaciones con algún interés en la solución de conflictos comerciales. (ii) la Membresía Individual: que está designada para árbitros, conciliadores, mediadores, abogados y otras personas involucradas o, con algún interés específico o preferencia por el arbitraje comercial internacional.

Por otro lado, existen los Miembros de Conexión Nacional (*National Liaison Members*), quienes han sido designados en muchos países, así como los Miembros de Conexión Especial (*Special Liaison Members*), que se encargan de mantener una relación con diversos organismos internacionales como son las ONU, la UNCITRAL y la Comisión de la Comunidad Europea.

⁴⁵⁰ El cargo de Presidente es ocupado por Dr. Jur Karl-Heinz Böckstiegel y el de Registrador por Adrian Winstanley.

⁴⁵¹ Los miembros pagan una cuota anual y disfrutan de variedad de beneficios, incluyendo la oportunidad de asistir los LCIA simposios alrededor del mundo, recibir publicaciones de la Corte, acceso a consulta e información de los servicios de la Secretaría y, la oportunidad de ser incluidos en la lista de árbitros potenciales.

De manera general, la LCIA ofrece los siguientes servicios a sus clientes:

1. Administrar procedimientos arbitrales bajo cualquier sistema legal y en cualquier sitio alrededor del mundo, utilizando sus propias reglas o las reglas creadas por la UNCITRAL. Lo anterior es relevante, pues la mayoría de las instituciones arbitrales únicamente aceptan la administración de arbitrajes cuando se ha pactado la utilización de sus reglas procesales, y a este respecto, la LCIA nos ofrece una mayor amplitud;
2. Prestar servicios de apoyo en caso de arbitrajes *ad-hoc*. Estos servicios están destinados a cubrir todas las necesidades del tribunal arbitral, es decir, el tribunal arbitral o en su caso las partes, seleccionarán los servicios requeridos;
3. Proporcionar servicios de soluciones alternativas de disputas (*ADR*). La LCIA administra procedimientos de conciliación y mediación, bajo algunas reglas institucionales o bajo las de la UNCITRAL o simplemente asiste los *ADR-ad-hoc*. Para este efecto, puede seleccionar mediadores y revisar las reglas adoptadas por las partes. La LCIA ha celebrado un acuerdo de colaboración con el Centro de Solución de Disputas (*Centre for Dispute Resolution*), que tiene sede en Londres y es considerado como el organismo líder en el Reino Unido en esta materia. El acuerdo consiste en canalizar la solución de la controversia, con el método acordado por las partes, a este centro o, antes de acudir al arbitraje ante la LCIA.⁴⁵²
4. Además de lo manifestado en el inciso anterior, la LCIA presta servicios de Conciliación, administrando procedimientos conciliatorios bajo las Reglas de Conciliación de la UNCITRAL.⁴⁵³
5. La Corte LCIA, en caso de arbitrajes *ad-hoc*, puede actuar como autoridad designadora de árbitros.
6. Organizar y celebrar simposios y conferencias legales.
7. Realizar publicaciones sobre arbitraje y demás materias de comercio internacional. A este respecto es conveniente mencionar que, desde junio de 1996, edita la *LCIA World-wide Arbitration Newsletter*, con la intención de informar a sus miembros todo lo relacionado con simposios y datos en general sobre arbitraje comercial internacional alrededor del mundo.

Al igual que la CCI, la LCIA cuenta con dos cuerpos de reglas que son igualmente recomendados para solucionar controversias de carácter internacional. Sin embargo, en este caso, ambos cuerpos se utilizan para el arbitraje comercial, contando con otro mecanismo para el caso de la conciliación.⁴⁵⁴ El primer cuerpo de reglas es el creado por la propia

⁴⁵² El acuerdo se refiere prácticamente a la región que cubre el Consejo Europeo de Usuarios, aunque la intención de la LCIA es celebrar acuerdos similares con organizaciones especialistas en ADR en las áreas de los otros Consejos de Usuarios.

⁴⁵³ Véase *infra* pp. ____

⁴⁵⁴ Véase *infra* pp. ____

LCIA. Dicha reglas han sido objeto de varias modificaciones con la finalidad de adaptarlas a los cambios registrados en la comunidad de negocios internacional y a la evolución que han desarrollado los árbitros y abogados internacionales.

En 1985, después de una extensa consulta con practicantes de diversos sistemas jurídicos, se llegó a una versión de las reglas, las que se utilizaron después con resultados positivos durante muchos años. Sin embargo, continuando con el deseo de combinar las características principales de los distintos sistemas legales en el mundo, principalmente el Derecho Civil (*Civil Law*) y el Derecho Anglosajón (*Common Law*), se llegó a la conclusión de estudiarlas y modificarlas para así llegar al texto en su versión actual, cuya vigencia inició el 1º. de enero de 1998.

Sin considerar indispensable analizar estas reglas, como ya se hizo con las de la CCI, pues ambas y, en general cualquier cuerpo de reglas de las instituciones arbitrales, contienen los mismos principios procedimentales. Al respecto, se mencionarán únicamente las características sobresalientes de las reglas de la LCIA:

- Velocidad y eficacia en la designación y ratificación de árbitros.
- El derecho de rechazar árbitros nominados por alguna parte, que no cumplan con ciertos requisitos.
- Facultad de los árbitros para decidir sobre su propia jurisdicción.
- Estímulo a las partes y al tribunal arbitral para acordar materias procesales.
- Flexibilidad máxima para el tribunal arbitral en la conducción del arbitraje.
- Flexibilidad procesal para un equilibrio entre el Derecho Civil (*Civil Law*) y el Derecho Anglosajón (*Common Law*).
- La intención de evitar retrasos y neutralizar tácticas dilatorias por la parte demandada.
- Facultad para ordenar seguridad en el pago de reclamaciones y costas.
- Costos del arbitraje sin relacionarlos con el monto de la disputa.
- Pagos provisionales (depósito) no requiriendo de manera anticipada al pago total del arbitraje.
- No intervención con el tribunal arbitral y su laudo arbitral.

La cláusulas modelo relativa a las Reglas de Arbitraje creadas por la LCIA son:

Para controversias futuras (cláusula compromisoria).

"Cualquier disputa que surja de, o que tenga conexión con este contrato, incluyendo cualquier duda sobre la existencia, validez o terminación del mismo, será remitida y finalmente resuelta por medio del arbitraje bajo las Reglas de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, las cuales son consideradas como incorporadas por simple referencia a esta cláusula.

El número de árbitros será (uno/tres).

El lugar del arbitraje será (Ciudad y/o país).

El idioma a ser usado en el procedimiento arbitral será (_____).

La ley aplicable al contrato será la ley substantiva de (_____)."⁴⁵⁵

2. Para controversias existentes (compromiso arbitral).

"Al haber surgido una disputa entre las partes concerniente a (_____), las partes por este medio acuerdan que la disputa será remitida y finalmente resuelta por medio del arbitraje bajo las Reglas de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional.

El número de árbitros será (uno/tres).

El lugar del arbitraje será (Ciudad y/o país).

El idioma a ser usado en el procedimiento arbitral será (_____).

La ley aplicable al contrato será la ley substantiva de (_____)."⁴⁵⁶

El segundo cuerpo de reglas arbitrales utilizado por la LCIA son las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL que fueron adoptadas mediante la resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1976. Desde esa fecha, estas reglas han llegado a ser muy populares entre las partes que prefieren no acudir a algún reglamento institucional. Las Reglas de la UNCITRAL no prevén una autoridad designadora de árbitros ni la intervención de un cuerpo administrativo, pero tampoco impiden que el procedimiento en cuestión sea administrado por una entidad de esta naturaleza. La LCIA representa, una buena opción para actuar como ambos, ya que está ampliamente familiarizada con estas reglas y tiene gran experiencia en su aplicación.

La cláusula modelo relativa a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI es:

"Cualquier disputa que surja de, o que tenga conexión con este contrato, incluyendo cualquier duda sobre la existencia, validez o terminación del mismo, será remitida y finalmente resuelta por medio del arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI, las cuales son consideradas como incorporadas por simple referencia a esta cláusula.

Cualquier arbitraje que comience de conformidad con estas reglas será administrado por la Corte de Londres de Arbitraje Internacional.

La autoridad designadora será la Corte de Londres de Arbitraje Internacional.

Se utilizará el procedimiento administrativo de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional y el calendario de costos.

⁴⁵⁵ "Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be (one/three). The place of arbitration shall be (City and/or Country). The language to be used in the arbitral proceeding shall be (____). The governing law of the contract shall be the substantive law of (____)." "

⁴⁵⁶ "A dispute having arisen between the parties concerning (____), the parties hereby agree that the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules. The number of arbitrators shall be (one/three). The place of arbitration shall be (City and/or Country). The language to be used in the arbitral proceeding shall be (____). The governing law of the contract shall be the substantive law of (____)." "

El número de árbitros será (uno/tres).
El lugar del arbitraje será (Ciudad y/o país).
El idioma a ser usado en el procedimiento arbitral será (_____).
*La ley aplicable al contrato será la ley substantiva de (_____).*⁴⁵⁷

Finalmente y antes de pasar a breves comentarios sobre la siguiente institución arbitral, se debe hacer mención de que uno de los principales objetivos que en la actualidad tiene la LCIA es la promoción de sus servicios a América Latina, ya que ha reconocido que esta parte del globo terráqueo se encuentra en proceso de incorporación al grupo de países que intervienen en el arbitraje comercial internacional y considera a México como la puerta de entrada a este gran mercado, por lo que no es de sorprenderse que en un futuro cercano se tome la decisión de establecer un nuevo Consejo de Usuarios ubicado en este país. Por nuestra parte, los abogados latinoamericanos, especialmente los mexicanos, deberíamos acudir a los servicios ofrecidos por la LCIA para comprobar que es una de las mejores opciones con la que podemos contar para la solución de controversias.

4.2.3. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) – *The American Arbitration Association (AAA)*-.⁴⁵⁸

En 1922 se fundó la Sociedad de Arbitraje de América (*the Arbitration Society of America*), cuya principal misión fue dar a conocer el uso del arbitraje, lo que hizo con una campaña agresiva de educación. Dos años después, se creó la Fundación de Arbitraje (*the Arbitration Foundation*) cuyo rol fue mucho mas conservador con un enfoque de investigación. Finalmente, en 1926 se fusionaron estas instituciones para dar origen a la Asociación Americana de Arbitraje (AAA),⁴⁵⁹ siendo una institución integrada por distinguidos abogados e industriales originarios de la ciudad de Nueva York, cuyo objetivo ha sido la resolución de conflictos mediante arbitraje, mediación, elecciones democráticas y otros métodos voluntarios.

Al hablar de la AAA es necesario hacer una breve exposición del desarrollo que ha tenido el arbitraje en los Estados Unidos de América que, indiscutiblemente, ocupa un lugar muy importante en la evolución a nivel mundial de este método de solución de controversias. Hasta mediados del siglo XVIII las disputas se resolvían amigablemente entre los comerciantes quienes por lo general tenían grandes lazos de amistad; el litigio era

⁴⁵⁷ "Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. Any arbitration commenced pursuant to this clause shall be administered by LCIA. The appointing authority shall be the LCIA. The standard LCIA administrative procedure and schedule of costs shall apply. The number of arbitrators shall be (one/three). The place of arbitration shall be (City and/or Country). The language to be used in the arbitral proceeding shall be (____). The governing law of the contract shall be the substantive law of (____)."

⁴⁵⁸ Ha sido la institución arbitral más activa del mundo. Más de 55,000 individuos de diversos campos y profesiones componen la lista de árbitros y mediadores de la AAA, muchos de ellos nominados por agrupaciones nacionales. La AAA atendió 55,520 casos de arbitraje entre particulares en 1989. (*"The AAA, Annual Report 1988-1989"*). Véase Díaz, Luis Miguel, **Op.cit.** No. 101, p. 17.

⁴⁵⁹ El entonces presidente de la General Electric, Thomas W. Burchard, fue el primer presidente de la AAA.

considerado como el último recurso. Aunque existía el arbitraje, las cortes no ejecutaban los laudos arbitrales. En 1768 las Cámaras de Comercio de Nueva York, 1794 en *New Haven* y 1801 en *Philadelphia*, crearon tribunales arbitrales para solucionar controversias comerciales, principalmente en las industrias textil y de pintura.

En la época anterior a la primera guerra mundial, específicamente en la conferencia de Versalles en 1919, se intentó crear una corte de arbitraje mundial que resolviera asuntos políticos y comerciales, siendo *Frances Kellor* uno de los principales precursores de dicho proyecto. El proyecto fracasó debido al poder soberano de las naciones; sin embargo, *Frances Kellor* se convirtió en un líder de la AAA.

En los años veinte, las cortes norteamericanas se encontraban inundadas de asuntos, por lo que los abogados y comerciantes se interesaron en los arbitrajes privados comerciales. El sistema legal del *common law* vería un cambio significativo en su estructura, el cual se respaldó por el *Civil Practice Act* de Nueva York⁴⁶⁰ que preveía ejecutabilidad de las cláusulas arbitrales insertas en contratos firmados por las partes. Este documento fue el inicio de cambios legislativo en el país vecino, concluyendo con la *Federal Arbitration Act* en 1925, que igualmente preveía la ejecutabilidad de cláusulas arbitrales. Se empezó a reclutar árbitros por todo el país que incluían banqueros, manufactureros, comerciantes, contadores, abogados y otros hombres de diversas profesiones y negocios.⁴⁶¹ Al principio existió la tendencia de que los árbitros no recibieran contraprestación alguna, ya que su labor era considerada como una contribución a su industria o gremio y a la causa de la justicia.

Como la mayoría de las instituciones arbitrales que actualmente prestan servicios de administración en asuntos internacionales, la AAA inició su labor con un enfoque nacional y de manera distintiva, su procedimiento, incluyendo audiencias, se caracterizó por la informalidad. Inclusive, en ocasiones ninguna de las partes se encontraba representada por un abogado. Esta característica de informalidad, aunque no tan marcada, sigue siendo a la fecha un elemento distintivo de la AAA.

La segunda guerra mundial influyó mucho en la evolución de la AAA pues aumentaron los casos de administración para solucionar de controversias en materia laboral y la institución se vio obligada a reclutar nuevos profesionistas para aumentar el grupo de árbitros de la misma. El gobierno promovió el uso del arbitraje para contratos en tiempos de guerra.

Poco a poco la AAA fue incursionando en el ámbito internacional. En 1932 se registraron casos de Bélgica, Alemania, Japón y algunos países Latinoamericanos, y fue hasta el año de 1951 que los asuntos internacionales se incrementaron en un 86%, con representantes de 46 países. La AAA celebró diversos contratos de servicios con las cámaras de comercio de varios países. A principios de los años cincuenta esta institución experimentó, con mucho éxito, la prestación del servicio de administración de procedimientos electorales. En la siguiente década las cortes demostraron un gran apoyo a los procedimientos arbitrales de manera específica los relativos a conflictos laborales.

⁴⁶⁰ Artículo 84, Sección 1448-1469 (*modern arbitration statute in New York*).

⁴⁶¹ En poco tiempo se alcanzó un pánel de árbitros formado por mas de 4,500 personas.

Igualmente los asuntos relacionados con seguros y con la industria de la construcción se vieron beneficiados con este mecanismo.

Paralelamente a la evolución del arbitraje, la AAA ha sido quizás la institución que mayor utilización ha hecho de las soluciones alternativas de disputas (ADR), dentro de las cuales destaca la utilización de la mediación. Inclusive se creó, en 1968, con la ayuda de la Fundación Ford,⁴⁶² el Centro Nacional para el Arreglo de Disputas (*the National Center for Dispute Settlement - NCDS*).⁴⁶³ Este centro se ha encargado de crear programas de mediación inclusive en asuntos cuya arbitrabilidad es imposible. En 1975 el NCDS fue reorganizado y su nombre cambió al de Comunidad de Servicios de Disputa de la AAA (*Community Dispute Services of the AAA - CDS*).

La AAA tiene su sede principal en Nueva York,⁴⁶⁴ y oficinas en 38 estados del país vecino. Tiene una oficina de relaciones nacionales en Washington que sirve como vínculo entre la institución y varias agencias federales. Cuenta con un departamento legal que se encarga, entre otras cosas, del desarrollo de la legislación arbitral principalmente en el ámbito internacional. De acuerdo con las perspectivas de dicho departamento, el tema ambiental ocupará en el futuro un lugar prioritario. La AAA cuenta con un departamento de educación y entrenamiento y otro de elecciones. La AAA es una organización sin fines de lucro; sus ingresos principales provienen de los cargos por la administración de los procedimientos y las contribuciones y pagos anuales de sus miembros.

La AAA funciona bajo el sistema de Membresías anuales,⁴⁶⁵ como lo han hecho otras instituciones arbitrales. En la actualidad la AAA cuenta con mas de 7,000 miembros, quienes son: despachos jurídicos, organizaciones y corporaciones comerciales, uniones de trabajo (gremios), abogados independientes y árbitros de otras profesiones. Entre los beneficios otorgados a los miembros de la AAA están los siguientes: (i) utilización del Programa de Valoración de Sistemas ADR (*ADR Systems Assesment Program*). Este programa, que esta disponible para los miembros, sin ningún cargo adicional, tiene como finalidad dar opinión y recomendaciones sobre los costos de los ADR, así como ayudar a redactar cláusulas ADR y entrenamiento de las personas que intervienen en el método correspondiente; (ii) acceso a algunos servicios de la AAA, como con los de la biblioteca y del centro de información para la resolución de disputas, que es considerado como el centro mas grande del mundo en materia de ADR; (iii) descuentos en programas educacionales, conferencias y seminarios organizados por ella misma; (iv) invitación para acudir a eventos en oficinas regionales; (v) consulta a la AAA sobre problemas especiales, como sería el caso de la administración de un asunto con características muy particulares; (vi) recibir algunas publicaciones sin costo, y descuentos en la compra de videocassetes y libros sobre

⁴⁶²

⁴⁶³ El primer director de este centro fue *Samuel Jackson*, abogado de color quien pensó que la mediación poría utilizarse para resolver conflictos raciales. En 1969 se creó el programa "4-A" (*Arbitration As An Alternative*) cuya finalidad fue proveer un remedio alternativo mediante procesos privados criminales, cuando se trate de cargos criminales menores.

⁴⁶⁴ La dirección de la AAA es: 140 West 51st. Street, New York, NY, 10020. Tel: 212-484-4000. Fax: 212-765-4874

⁴⁶⁵ El primer reporte anual hizo mención a una lista de miembros integrada por 1,000 personas, con un panel de 480 abogados y mas de 260 comerciantes afiliados y organizaciones comerciales.

el tema. Se aclara que para llevar un asunto a dicha institución no es requisito ser miembro de la AAA.

Dentro de la gran variedad de servicios que encontramos en la AAA, destacan:

1. Administración de procedimientos arbitrales, siendo hoy por hoy, el centro mas importante en asuntos nacionales de Estados Unidos de América⁴⁶⁶ y uno de los centros mas importantes a nivel mundial. Ofrece diversos procedimientos dentro de los cuales sobresale un procedimiento expedito que utiliza un sistema de paneles de árbitros⁴⁶⁷ quienes están disponibles para audiencias a celebrarse poco tiempo después de haber sido notificadas. Este rápido mecanismo ha sido de gran utilidad en procedimientos de asuntos laborales y en otras ramas comerciales.
2. Administración de medios de solución alternativos de disputas (ADR), destacando primordialmente la mediación. En su seno podemos encontrar el mayor tipo de ADRs administrados en instituciones de esta naturaleza. Los contratos en los que usualmente se insertan las cláusulas respectivas son los relativos a la industria textil y de la construcción, contratos sobre bienes raíces, franquicias, licencias, laborales, títulos de crédito y seguros. Indiscutiblemente la AAA ha alcanzado el primer lugar en la administración de estos métodos de solucionar controversias y esto hace que sea el modelo a seguir por todas las demás organizaciones encargadas de administrar procedimientos alternativos, por lo que aquéllas que se establezcan y vayan a establecerse en México, deben seguir este modelo que ha alcanzado excelentes resultados.
3. Toda clase de servicios de administración, supervisión y consejo a oficinas regionales, incluyendo información sobre gastos razonables para arbitrar diversas clases de disputas. Para tal efecto, la AAA cuenta con manuales de procedimiento detallados para guiar equipos de trabajo en las labores día a día de la administración, otorgándole una posición de importancia a los diversos medios de comunicación.
4. Diversas formas de educación y entrenamiento a lo largo de los Estados Unidos de América e inclusive fuera de él, como seminarios, conferencias y grupos de trabajo cuyo principal objetivo es la promoción del arbitraje y demás medios alternativos. Este servicio se ofrece al interior de las empresas, oficinas de gobierno, uniones, corporaciones y demás organizaciones interesadas.
5. Relaciones Nacionales. Como ya se ha dicho, la AAA es el centro arbitral de mayor importancia en los Estados Unidos de América, por lo que ha establecido representaciones en todo el país, lo cual le ha permitido lograr un éxito a nivel nacional.

⁴⁶⁶ De acuerdo con estadísticas publicadas la AAA se trata de una organización de 50,000 árbitros que resuelven alrededor de 70,000 casos cada año.

⁴⁶⁷ De acuerdo con publicaciones de la AAA, los árbitros y mediadores que busca la AAA deben cumplir con los siguientes requisitos: compromiso de imparcialidad y objetividad, habilidades en el manejo de disputas; temperamento imparcial, paciente y cortés; respeto a la comunidad comercial, y; una sólida preparación académica y profesional, así como reconocimiento en el ámbito comercial.

6. La publicación de diversos documentos.⁴⁶⁸
7. Servicios de elección, actuando como un órgano imparcial. El departamento encargado garantiza confidencialidad y seguridad al voto. Este servicio ha sido utilizado para la elección de directores de empresas y demás oficiales tanto de empresas privadas como del gobierno y para la realización de referendos.
8. La biblioteca de arbitraje Eastman (*Eastman Arbitration Library*),⁴⁶⁹ contiene alrededor de 16,000 libros, revistas, folletos y documentos en general sobre procedimientos arbitrales. Otra fuente importante de información es el Centro de Información sobre la Resolución de Disputas (Information Center on the Resolution of Disputes), que cuenta con un gran y avanzado sistema de investigación electrónico.

La AAA cuenta con varios cuerpos de reglas que se aplican a los arbitrajes comerciales, uno para nacionales y otro para internacionales; los últimos han sido enmendados en varias ocasiones y los actuales tienen vigencia desde el 1o. de abril de 1997. Estas reglas han demostrado su eficacia por el gran número de conflictos que han resuelto. Las reglas han sido creadas para resolver adecuadamente todos los conflictos que puedan surgir en el mundo de los negocios. Las partes pueden someter al arbitraje controversias futuras cuando así lo establezcan en sus contratos.⁴⁷⁰

Las reglas de la AAA recomiendan que las partes se reúnan, con el personal de dicha institución, al momento de redactar sus contratos o cuando la controversia ha surgido, para discutir un método apropiado en la selección de árbitros o cualquiera otros asuntos que pueda facilitar el arbitraje eficiente de la disputa. Recordando lo establecido en el capítulo II del presente trabajo en lo relativo a la conferencia previa a las actuaciones, podemos comentar que la AAA recomienda una reunión similar pero antes de la selección del tribunal arbitral.

El reglamento de arbitraje de la AAA se basa en el principio de la libertad de las partes en la elección de los miembros del tribunal arbitral y en el modo de llevar a cabo el procedimiento, estableciendo desde luego, una solución en caso de no ser determinado por ellas. Una característica importante de esta institución es que no sujeta la designación de los árbitros a la aprobación de la misma institución, como sucede en la CCI, lo cual podría ser decisivo para determinar la institución que mas convenga en cada caso.

La cláusula modelo de la AAA es:

"Cualquier controversia o reclamación que surjan de, o se relacione con este contrato, será determinada conforme a las Reglas de Arbitraje internacional de la Asociación Americana de Arbitraje: (Las partes podrán considerar agregar)."

⁴⁶⁸ Algunas publicaciones periódicas de las AAA, son: *Dispute Resolution Journal*, *Dispute Resolution Times*, *ADR Currents*, *Punch List*, *Claims Forum*, *Summary of Labor Arbitration Award*, *Arbitration in the Schools*, *Labor Arbitration in Governments* y, *the New York State No-Fault/SUM Arbitration Reporter*.

⁴⁶⁹ Se ubica en: 140 West 51 st. en Nueva York, EUA.

⁴⁷⁰ Véase la cláusula modelo de la AAA, en supra p. 96.

- (a) El número de árbitros será (uno o tres);
- (b) El lugar del arbitraje será (ciudad y/o país);
- (c) El (los) idioma(s) del arbitraje será(n) _____.⁴⁷¹

Indudablemente, al igual que la CIAC y la CCI, la AAA es una buena opción para solucionar controversias que se susciten en el continente americano y, en el caso de México, será cada vez mayor su importancia con el TLC, ya que geográficamente, se encuentra en un lugar muy atractivo para los comerciantes de los países miembros de dicho Tratado. Lo anterior, traerá como consecuencia que esta institución arbitral se especialice en controversias que surjan entre las relaciones comerciales de los tres países norteamericanos.

4.2.4. La Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC) – *The Interamerican Arbitration Commission (IACAC)*.-

Esta institución privada, que ventila procedimientos de conciliación y arbitraje, se estableció en el año de 1934 como resultado de la Resolución XLI⁴⁷² de la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay en diciembre de 1933.⁴⁷³

La CIAC tiene sus oficinas en Washington, D.C. en el edificio de la OEA en donde solamente se cumplen funciones administrativas pero no se administran procedimientos arbitrales como es el caso de la CCI en París. La CIAC tiene gran importancia en el Continente Americano, ya que ha establecido, mantiene y administra en el Hemisferio Occidental, un sistema para la solución de controversias comerciales internacionales por medio del arbitraje o la conciliación. Dentro del sistema operativo de la institución, están las Secciones Nacionales,⁴⁷⁴ que administran los procedimientos arbitrales. En los lugares donde tales secciones no existen, la misma CIAC realiza las actividades correspondientes.

⁴⁷¹ Texto en inglés: "*Any controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be determined by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association. (the parties may wish to consider adding). (a) the number of arbitrators shall be (one or three); (b) the place of the arbitration shall be (city and/or country); or (c) the language (s) of the arbitration shall be _____.*"

⁴⁷² El párrafo tercero de esta resolución establece que: Con el objeto de establecer relaciones aún más estrechas entre las asociaciones comerciales de las Américas, enteramente independientes del control oficial, se crea una entidad comercial interamericana a fin de representar los intereses mercantiles de todas las repúblicas y para asumir, dentro de sus más importantes funciones, la responsabilidad de establecer un sistema interamericano de arbitraje.

⁴⁷³ En los primeros treinta años de vida de la CIAC, la intervención en el mundo comercial fue muy poca. Sin embargo, en Buenos Aires en 1969 se celebró la primera Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, y la segunda, en México en la que se aprueban nuevos estatutos para la CIAC, mismos que se modificaron en Ottawa en junio de 1985.

⁴⁷⁴ Las Secciones Nacionales están formadas por miembros de las comunidades legales y comerciales de los países respectivos. Cada Sección Nacional mantiene una lista de árbitros seleccionados especialmente por su experiencia.

El órgano supremo de la CIAC es su Consejo que se integra por representantes de las Secciones Nacionales. El Consejo celebra una reunión cada dos años y el órgano operativo es un Comité Ejecutivo.

La Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) es una institución fundada en 1874. En 1968, mediante convenio suscrito entre su Presidencia y la de la CIAC, se acreditó en el territorio mexicano como la Sección Mexicana de la propia CIAC.⁴⁷⁵ La CANACO integró una Comisión Permanente de Arbitraje que tiene a su cargo intervenir como organismo administrador y otorgar su convalidación en los procedimientos arbitrales de carácter internacional que son sometidos para su solución a dicha Sección Mexicana.⁴⁷⁶

La CIAC está formada por un Delegado y un Delegado Suplente por cada una de sus Secciones Nacionales. Su principal labor es coordinar las actividades de las Secciones Nacionales, proporcionar servicios administrativos y servir de autoridad para el nombramiento de árbitros, así como para diversas actividades educativas a fin de promover el conocimiento y uso del arbitraje comercial internacional.⁴⁷⁷

La CIAC cuenta con un Reglamento de Procedimientos⁴⁷⁸ bajo el cual se ventilan las controversias que se someten a su administración, ya sea en una simple conciliación o en un arbitraje. Este reglamento contiene las disposiciones del Reglamento Facultativo de Arbitraje de la CNUDMI,⁴⁷⁹ adaptadas a las necesidades institucionales de la CIAC.⁴⁸⁰

Es importante recordar que las partes deben manifestar en el acuerdo arbitral la voluntad de someterse a la administración y reglas de la CIAC; igualmente pueden especificar o limitar las facultades y obligaciones de la institución, siempre y cuando esté previsto en el Reglamento de Arbitraje.⁴⁸¹ Desgraciadamente, el número de casos que se

⁴⁷⁵ La *American Arbitration Association (AAA)* es la Sección Nacional de los Estados Unidos de América; en otros países generalmente son las Cámaras Nacionales de Comercio.

⁴⁷⁶ Las oficinas de la Sección Mexicana de la CIAC, tienen su sede en Paseo de la Reforma No. 42, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, 06048 en México, Distrito Federal. Tel: 525-703-2862. Fax: 525-592-35-71. Es importante señalar, que la Cámara Nacional de Comercio como órgano de consulta del Gobierno Federal, participó activamente con su gestión ante las autoridades correspondientes para lograr la adhesión del Gobierno Mexicano, tanto de la Convención de Nueva York, como de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial. Así también, para propiciar el desarrollo y difusión de la conciliación y el arbitraje en el comercio internacional. Desde el año de 1973 viene participando como miembro integrante de la actual Academia de Arbitraje y Comercio Internacional (ADACI), academia entre cuyas actividades, encontramos nueve seminarios sobre arbitraje comercial internacional con la participación de especialistas de reconocido prestigio a nivel mundial.

⁴⁷⁷ Las funciones de la Comisión pueden ser realizadas por personal o comités que la Comisión designe. Para facilitar la tramitación de un caso, la Comisión, con la aprobación de las partes, delegará funciones a la Sección Nacional designada por las partes de acuerdo con el reglamento de procedimientos.

⁴⁷⁸ Entró en vigor como reglamento oficial de la CIAC, el 1o. de enero de 1979. Puede consultarse el texto en español del reglamento de la CIAC en Briseño Sierra, Humberto, **Op. cit.** nota al pie No. 93, pp. 203.

⁴⁷⁹ Véase supra nota al pie No. 117.

⁴⁸⁰ Por ejemplo, a lo largo del texto, el término "CIAC" se usa, en lugar de "UNCITRAL" y "Autoridad Nominadora". Además, existen en los siguientes artículos cambios que permiten el acomodo del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL al de la CIAC: 3a. sección: 4(a); 6, 1; 6, 1(a) y (b); 6, 2; 7, 2; 7, 2(a) y (b); 12, 1(a), (b) y (c); 12, 2; 38(f); 39, 2, 3 y 4, y; 41, 3.

han sometido a la administración de la CIAC ha sido muy bajo y no tiene proporción con las aspiraciones de la institución.

La cláusula modelo de la CIAC es:

*"Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio. El tribunal de arbitraje decidirá de acuerdo con las reglas sustantivas del derecho, a menos que las partes permitan a los árbitros a actuar como amigables compondores o ex aequo et bono."*⁴⁸²

Definitivamente la CIAC puede ser una buena opción para arbitrajes nacionales o para arbitrajes internacionales cuando las dos partes se encuentran ubicadas en el continente americano.

4.2.5. El Centro Internacional para la Solución de Diferencias de Inversión (CISDI) – *The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.

En 1965 se creó este centro bajo los auspicios del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, conocido simplemente como Banco Mundial, con la finalidad de proporcionar servicios de mediación y principalmente de arbitraje a las disputas surgidas entre gobiernos (estados soberanos)⁴⁸³ e inversionistas extranjeros. El CISDI, mejor conocido por su siglas en inglés ICSID, fue el resultado de la Convención Internacional sobre la Solución de Controversias entre Estados y los Nacionales de Otros Estados, que a la fecha, ha sido firmada por mas de 139 estados. Aunque es una organización internacional totalmente autónoma, tiene lazos muy estrechos con el Banco Mundial y con el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (mejor conocida por su acrónimo en inglés MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agency*) cuyo propósito es fomentar el flujo de inversiones para y entre los países en desarrollo emitiendo garantías para riesgos no comerciales.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Véase una exposición esquemática de los orígenes y trabajos de la CIAC en Siqueiros, José Luis, **"Panorama Actual del Arbitraje Comercial Internacional"**, en El Foro 37, enero-marzo 1975, México. Reproducido también en **"EL Arbitraje Comercial Internacional"** (antología), México, UNAM, 1983, pp. 135. Véase la cláusula modelo de la CIAC, en supra p. 97.

⁴⁸² Texto en inglés: *"Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Rules of Procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission in effect on the date of this agreement. The arbitral tribunal shall decide pursuant to the rules of law, unless the parties entrust the arbitrators to act as amiables compositeurs or ex aequo et bono."*

⁴⁸³ Véase supra p. ____

⁴⁸⁴ Se creó igualmente bajo los auspicios del Banco Mundial en Seúl en 1985 entrando en vigor el 12 de abril de 1988. Es un organismo multilateral formado por los países ratificadores y suscriptores de sus acciones. La

Antes de la creación de este centro, el Banco Mundial actuando como institución y el propio presidente de este banco actuando como tal, participaban en mediaciones y arbitrajes; por esta razón, se consideró la posibilidad de institucionalizar dicha labor y liberar al banco y a su presidente de la carga que año con año se iba incrementando. Además se creyó, como en realidad ha sucedido, que una institución de esta naturaleza, ayudaría a aumentar el flujo de las inversiones en países que, como México, necesitan de la inversión extranjera para abrir sus barreras al comercio internacional y contar con una economía madura.

Aunque la naturaleza de las disputas que se administran en este centro es ligeramente diferente a la de aquéllas administradas en las demás instituciones referidas en este capítulo, la estructura orgánica es parecida; es decir, cuenta con un Consejo Administrativo, formado por un representante de cada país que ha firmado la convención⁴⁸⁵ y cuyo presidente es el presidente del Banco Mundial, y por una Secretaría, cuyo Consejero General es generalmente el vicepresidente y consejero general del Banco Mundial. El Consejo Administrativo se reúne una vez al año.

Los arbitrajes ante este organismo son, como ya mencionamos, aquellos en que se resuelven conflictos derivados de las inversiones⁴⁸⁶ realizados por nacionales⁴⁸⁷ de un Estado en otro Estado soberano y son ventilados ante paneles integrados por personas que designan los estados contratantes y el presidente del Banco Mundial, quienes resolverán la controversia de conformidad con el procedimiento establecido en sus Reglas de Arbitraje previstas en la propia Convención y con el derecho sustantivo acordado por las partes y en caso de faltar éste, se aplicará la legislación del Estado receptor.⁴⁸⁸ Las partes tienen la garantía de que no se ejercerá la protección diplomática en relación con la controversia sujeta a arbitraje.⁴⁸⁹

El ICSID también se encuentra facultado para administrar procedimientos de conciliación, de conformidad con sus Reglas de Conciliación y para lo cual se debe

suscripción está dividida en dos categorías, la primera por los países desarrollados (21 Estados) y la segunda por los países en vías de desarrollo y Suiza. La MIGA es un organismo que tiene personalidad propia y que actúa como subrogante de un inversionista que recibió el pago del seguro. El Anexo II del Convenio Constitutivo de la MIGA prevé la negociación y la conciliación como métodos previos de arreglo y, en caso de no lograrse, se acudirá al arbitraje cuyo tribunal se integrará y actuará de conformidad con las reglas del ICSID. Es decir, la MIGA utiliza el arbitraje para solucionar conflictos de Estados entre sí derivados de controversias de naturaleza privada. Véase supra pp. _____. La MIGA no ha tenido mucho éxito en América Latina como consecuencia de la aplicación de la Doctrina Calvo, principalmente el relativo a la obligación del inversionista extranjero de agotar todos los recursos internos antes de acudir a instancias supranacionales. Véase supra nota al pie No. 196.

⁴⁸⁵ A la fecha son 126 miembros.

⁴⁸⁶ De acuerdo con lo expresado por *Ronald A. Brand*, el término de “inversión” parece que fue deliberadamente indefinido por la Convención correspondiente con la finalidad de que abarcara a la tradicional en forma de aportes de capital, como a otros tipos de inversión que incluyen contratos de servicios y transferencia de tecnología. Ronald A. Brand, *Introduction to the Convention*. “Basic Documents” Op.cit nota al pie No. 198, v. II, pp. 948 y 949.

⁴⁸⁷ Se debe entender tanto a personas físicas como a morales que tienen la nacionalidad de ese Estado o que teniendo la nacionalidad del Estado receptor pero que estén controladas en su capital social por personas que ostenten la nacionalidad del inversionista. Véase artículos 25.1 y 25.2 (a) y (b) de la Convención.

⁴⁸⁸ Artículo 42.

⁴⁸⁹ Artículo 27.2.

constituir una Comisión de Conciliación cada vez que se presente una demanda. Esta Comisión tendrá como función la de esclarecer los puntos de litigio y debe esforzarse por una solución mutuamente aceptable. Si las partes no están de acuerdo con la propuesta de solución la Comisión deberá cerrar el procedimiento. Nuestra idea es que las partes deben hacer el mayor esfuerzo para cumplir lo resuelto por la Comisión de Conciliación, quizás mas que en otros casos de conciliación, pues aquí podrían verse situaciones que acarreen conflictos de carácter político que, a la larga, sean mucho mas perjudiciales que el propio conflicto de inversión.

En el caso del ICSID, nos encontramos con una institución arbitral que cuenta con el respaldo de una convención internacional. Como hemos aclarado, el arbitraje tiene una procedencia netamente convencional, por lo que los servicios del ICSID no serán proporcionados si no hay acuerdo expreso de las partes en la disputa, aunque ambos países involucrados sean miembros de la convención. Sin embargo, el consentimiento por parte del Estado soberano, puede evidenciarse a través de su legislación interna o mediante convenio bilateral o multilateral con el Estado del que es nacional el inversionista afectado. Una vez acordado el procedimiento arbitral ante el ICSID y resuelta la disputa, todo Estado miembro de la convención está obligado a reconocer y ejecutar el laudo proveniente de otro Estado miembro. Con el gran éxito que ha tenido la Convención de Nueva York, no sería necesario el respaldo que otorga la otra convención, pero podemos decir que un doble respaldo jurídico nunca está de mas.

Para el caso de las controversias entre partes que no formen parte de la convención o de nacionales de un Estado que no la haya ratificado, el ICSID estableció un cuerpo cuya finalidad es la solución pacífica de controversias surgidas en estos casos. El cuerpo ha sido denominado la Facilidad Adicional para Administrar los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y de Investigación de Hechos (fact-finding). Obviamente, en estos casos también se requiere del consentimiento expreso de las partes involucradas.

Es difícil determinar de manera única y definitiva cuál es la mejor institución arbitral; sin embargo, se debe analizar cada caso concreto para saber cuál es la mejor opción. A este respecto, podemos decir que el ICSID ha tenido gran éxito en sus propósitos, pues comúnmente encontramos su participación en contratos de inversión celebrados entre un gobierno y nacionales de otro gobierno, lo que hace que esta institución tenga una experiencia invaluable a este respecto. Por otro lado, sabemos que cerca de veinte legislaciones en el mundo prevén la anticipada decisión del gobierno de sujetar cualquier controversia con inversionistas extranjeros a esta institución, así como alrededor de 700 tratados bilaterales de inversión tienen estipulaciones en el mismo sentido.

De conformidad con estadísticas publicadas por la misma institución, 41 casos han sido registrados en el centro, de los cuales 3 han sido sometidos a conciliación y los 38 restantes a arbitraje, existiendo 10 en proceso. La mayoría de los casos se han resuelto mediante acuerdo de las partes antes de que el laudo haya sido dictado. Las partes involucradas en las disputas provienen de mas de 32 países diferentes y han sido objeto de inversión en distintas ramas, como: agricultura, sector bancario, construcción, energía, salud, industria, minería y turismo.

Finalmente, el ICSID lleva actividades de asistencia e investigación relevantes para sus objetivos y respalda publicaciones sobre el tema, contando con una gran biblioteca en la que se encuentran volúmenes con leyes de inversiones extranjeras⁴⁹⁰ y tratados en la materia, así como una revista jurídica semestral denominada "*ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*".

La cláusula modelo de este centro arbitral es:

*"Las partes aquí señaladas consienten someter al Centro Internacional para la Solución de Diferencias de Inversión cualquier disputa relacionada con, o que surja de este convenio para resolver por medio del arbitraje de acuerdo con la Convención sobre la Solución de Diferencias de Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados."*⁴⁹¹

3.2.6. El Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Americas (CAMCA) – The Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas -(CAMCA) - .

Este centro de arbitraje se creo como resultado de lo pactado en el Tratado de Libre Comercio (TLC).⁴⁹² El Artículo 2022 de dicho ordenamiento legal, establece que los países miembros promocionarán el uso del arbitraje y otras técnicas alternativas para la solución de controversias privadas, es decir, entre los nacionales de los países miembros de dicho tratado.

En tal virtud, en el año de 1996, cuatro instituciones arbitrales de los tres países miembros del TLC crearon este organismo. Las instituciones son: la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Asociation*),⁴⁹³ el Centro de Arbitraje Comercial de la Columbia Británica (*Brithish Columbia Internacional Commercial Arbitration Centre*),⁴⁹⁴ La Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México⁴⁹⁵ y el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de Quebec (*le Centre d'Arbitrage Commercial National et International de Québec*).⁴⁹⁶

Representantes de cada una de estas instituciones dirigen el CAMCA, pero es un ente totalmente independiente de sus miembros, pues opera con reglas, políticas y

⁴⁹⁰ Véase infra pp. ____

⁴⁹¹ Texto en inglés: "*The parties hereto consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes any dispute relating to or arising out of this Agreement for settlement by arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.*"

⁴⁹² Ver infra pp. ____

⁴⁹³ Véase supra pp.

⁴⁹⁴ La dirección es: 670-999 Canada Place, WTC, Vancouver, B.C. V6C 2E2, Canada. Tel: 604-684-2821. Fax: 604-641-1250.

⁴⁹⁵ Véase infra nota al pie No. 525.

⁴⁹⁶ La dirección es: 295, Boulevard Charest Est, Bureau 090, Québec G1K 3G8, Canada. Tel: 418-649-1374. Fax: 418-649-0845.

procedimientos administrativos uniformes. La finalidad del CAMCA es crear un foro internacional de mediación y arbitraje para dar mayor seguridad a las inversiones y demás negocios internacionales dentro de esta área de libre comercio. Existe un panel multinacional de árbitros y mediadores que están disponibles para actuar de conformidad con las reglas del CAMCA. Funcionan también comités imparciales, disponibles para resolver contiendas sobre temas locales; en los cuales hay representantes que cuentan con la misma nacionalidad de las partes, presididos por un nacional de un país diferente al de cualquiera de ellas.

No existe en la actualidad alguna sede que sea única y exclusivamente destinada para este organismo, lo cual creemos que será necesario en algunos años. Por el momento, los casos pueden ser presentados en cualquiera de las oficinas de las cuatro instituciones que forman el CAMCA.

El CAMCA cuenta con dos grupos de reglas para administrar la solución de controversias en América del Norte. Ambas entraron en vigor el 15 de marzo de 1996. Las primeras son las Reglas de Mediación, siendo de gran importancia ya que todo parece indicar que el CAMCA le dará mucha promoción a este medio de solución de controversias, mas aun, si tomamos en consideración que uno de sus miembros, la AAA, ha tenido excelentes resultados con este procedimiento. El segundo grupo de reglas son las Reglas de Arbitraje, cuya importancia radica, a nuestro parecer y sin demeritar el hecho de que cumple con todos los elementos necesarios previstos por las reglas de otras instituciones, es que regula los procedimientos sumarios.⁴⁹⁷ De conformidad con lo anterior, se prevé la vía telefónica, con posterior ratificación por escrito, para llevar a cabo todas las notificaciones y demás avisos, así como la participación de un solo árbitro y la posibilidad de no tener audiencias orales y, en caso de que éstas se hubieren acordado o que el árbitro decida llevarlas a cabo, se tratará únicamente la celebración de una sola audiencia. Lo anterior se traduce en una sola palabra que describe a este procedimiento: rapidez.

Las cláusulas modelo recomendadas por este centro arbitral son:

1. Para mediación

*“Las partes acuerdan que harán el esfuerzo necesario a efecto de solucionar cualquier controversia o reclamación derivada o relacionada con el presente contrato, siempre que dicha controversia no pueda ser resuelta mediante discusiones directas entre las partes, a través de la mediación administrada por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas bajo sus reglas, antes de recurrir al arbitraje, litigio o algún otro procedimiento de solución de controversias. El requisito de presentar una notificación de la reclamación con respecto a la controversia sometida a la mediación, será suspendida hasta la conclusión del proceso de mediación.”*⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Véase artículo 39.

⁴⁹⁸ Texto en inglés: “The parties agree that they will endeavor to settle any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, which they are unable to settle through direct discussions, by mediation administered by the Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas under its rules before resorting to arbitration, litigation or other dispute resolution procedure. The requirement of filing a notice of claim with respect to the dispute submitted to mediation shall be suspended until the

2. Para arbitraje.

“Cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja de o esté relacionada con este contrato, o el incumplimiento del mismo, será resuelto en definitiva mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas de acuerdo con sus reglas, y la resolución pronunciada en el laudo por el árbitro, el cual podrá ser presentado en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo.

- a) *El número de árbitros será (uno o tres);*
- b) *El lugar del arbitraje será (ciudad y/o país);*
- c) *La ley sustantiva aplicable a la controversia será _____*
- d) *El idioma del arbitraje será _____* ⁴⁹⁹

4.2.7. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) – The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) -.

Este Instituto de Arbitraje se fundó en 1917 y es una entidad que existe con autonomía propia dentro de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la cual data de 1902. Se podría decir que es el órgano de la Cámara que se encarga de las materias relacionadas con el arbitraje. La mayoría de las Cámaras de Comercio alrededor del mundo tienen una oficina o área encargada del arbitraje, pero en el caso del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, su importancia radica en que es un órgano totalmente independiente lo cual, a nuestro juicio, es un elemento que le permite competir con otras instituciones arbitrales.

conclusion of the mediation process.”

Texto en francés: *“Tout différend ou toute réclamation venant a naitre a la suite ou a l’occasion du présent contrat et que les parties ne parviennent pas a régler a l’amiable, sera soumis a la médiation sous l’empire du Centre d’arbitrage et de médiation commercial des Amériques et de son reglement a l’exclusion de l’arbitrage et de toutes autres procédures de reglement. L’obligation de déposer tout avis procédural relatif au différend soumis a la médiation sera suspendue jusqu’a l’issue du processus de médiation.”*

⁴⁹⁹ Texto en inglés: *“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be finally settled by arbitration administered by the Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas in accordance with its rules and judgement on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. (a) the number of arbitrators shall be (one or three); (b) the place of arbitration shall be (city and/or country); (c) the substantive law applicable to the dispute shall be _____; (d) the language(s) of the arbitration shall be _____”*

Texto en francés: *“Tout différend ou toute réclamation venant a naitre a la suite ou a l’occasion du présent contrat tranché définitivement par voie d’arbitrage sous l’empire du Centre d’arbitrage et de médiation commercial des Amériques et de son reglement, et toute décision arbitrale adjugeant sur le litige pourra etre homologuée par toute cour ayant compétence. (a) le nombre d’arbitres sera de (un ou trois); (b) le lieu ou se tiendra l’arbitrage sera (ville et /ou pays); (c) le droit substantif applicable au litige sera celui de _____; (d) la langue ou les langues de l’arbitrage sera ou seront _____”*

En los últimos años el Instituto SCC ha sido considerado por el mundo comercial como una de las mejores instituciones arbitrales en donde se pueden administrar procedimientos de esta naturaleza.

Los objetivos principales del instituto SCC son:

1. Dar asistencia en la solución de disputas domésticas e internacionales de conformidad con sus propias reglas o de acuerdo con otras reglas adoptadas por el instituto SCC.⁵⁰⁰ En particular, las estadísticas de este centro arbitral nos demuestran que la experiencia del mismo se ha enfocado a la solución de controversias provenientes de contratos de compraventa de mercaderías, contratos de licencia, construcción, proyectos *turn-key*, y *join ventures*.
2. Dar asistencia en la solución de disputas domésticas e internacionales en procedimientos adoptados por un cuerpo de reglas diferente a aquéllos mencionados en el inciso anterior; es decir, la administración de los procedimientos arbitrales se puede realizar bajo cualquier tipo de reglas.
3. La promoción de cualquier tipo de información concerniente al arbitraje.

El instituto SCC tiene su sede en Estocolmo, Suecia.⁵⁰¹ La autoridad máxima dentro de la estructura del instituto SCC es un Consejo formado por seis miembros,⁵⁰² quienes son designados por un período de tres años por el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Uno de los miembros actúa como Presidente del Consejo y debe ser un juez con amplia experiencia en disputas comerciales y contar con gran reputación en la comunidad comercial.

Para tomar cualquier tipo de decisiones se requiere un *quórum* de dos miembros, teniendo el presidente voto de calidad. Las decisiones del Consejo tienen carácter definitivo y no pueden ser revisadas por la Cámara de Comercio, lo que confirma total independencia entre ambos órganos.

Igualmente, el instituto SCC cuenta con una Secretaría compuesta por una o varias personas, quienes están bajo la dirección de un Secretario General quien debe contar con el título de abogado. La Secretaría es el órgano que se encarga del manejo día-a-día en la administración de los arbitrajes.

El instituto SCC cuenta con varios juegos de reglas, lo que le permite administrar un gran número de procedimientos arbitrales. Esta es una característica que no se encuentra en otras de las instituciones arbitrales alrededor del mundo; consideramos que es un punto a favor que califica al instituto SCC.

La mayoría de los arbitrajes administrados en esta institución utilizan las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*SCC Rules*) en vigor desde

⁵⁰⁰ Ver infra pp. ____

⁵⁰¹ La dirección para correspondencia dirigida al instituto SCC es: *P.O. Box 16050, S-103 21 Stockholm, Sweden*. Teléfono: 46-86131800. Fax 46-87230176. E-mail: arbitration@chamber.se. <http://www.chamber.se>

⁵⁰² Cada miembro tiene un suplente el cual deberá satisfacer los mismos requisitos exigidos para ser titular.

el primero de enero de 1988.⁵⁰³ Por otro lado, el instituto SCC cuenta con las siguientes reglas: (i) Reglas de Conciliación (1988); (ii) Reglas para Procedimientos Arbitrales Expeditos (1995); (iii) Reglas Arbitrales en Seguros (1996); (iv) Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL (1988). Estos juegos de reglas representan una opción que, para ser utilizada, debe ser expresamente acordada por las partes; de lo contrario, si únicamente deciden que la solución del conflicto se administrará ante el Instituto SCC, entonces, se aplicarán sus propias reglas.

La cláusula modelo recomendada por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es:

"Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o en conexión con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez, será resuelto mediante arbitraje de acuerdo con las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo."

Se recomienda a las partes hacer las siguientes adiciones a la cláusula, como se requiera según cada caso:

El tribunal arbitral estará compuesto por _____ árbitros (un árbitro único)

El lugar del arbitraje será _____.

El (los) idioma(s) a ser usados en el procedimiento arbitral será(n)

*_____.*⁵⁰⁴

4.2.8. El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong - *The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)* -.

Calificado como el centro de solución privada de controversias con mayor importancia en el continente Asiático, el HKIAC se fundó en 1985 con la finalidad de asistir a las partes en una disputa seleccionando sobre el mejor método para resolverla, incluyendo obviamente el arbitraje. Este centro se creó por un esfuerzo conjunto entre la comunidad de negocios de Hong Kong y el gobierno del mismo lugar, pero desde el principio ha sido totalmente independiente de ambos, gozando de autonomía financiera.⁵⁰⁵ La comunidad privada que participó en la formación de este centro, se integra por un grupo de hombres de negocios y demás profesionales todos ellos líderes en el mercado asiático. Este centro

⁵⁰³ Esta nueva versión de reglas representan una internacionalización del centro, ya que borró el contenido de la Regla 5 de la versión anterior de 1976, y como consecuencia no existe limitación alguna para que se aplique a arbitrajes fuera de Suecia, lo cual era confuso con la Regla 5 anterior.

⁵⁰⁴ Texto en inglés: *"Any disputes, controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. (The parties are advised to make the following additions to the clause, as required: The arbitral tribunal shall be composed of _____ arbitrators (a sole arbitrator); the place of arbitration shall be _____; the language(s) to be used in the arbitral proceeding shall be _____."*

⁵⁰⁵ La dirección de este centro es: 38th floor Two Exchange Square 8 Connaught Place Hong Kong, Tel: (852)2525-2381, Fax: (852)2524-2171.

significará una excelente opción cuando este mercado se encuentre involucrado en las transacciones internacionales.

El HKIAC con sede en Hong Kong,⁵⁰⁶ opera bajo la dirección de un Consejo compuesto por profesionales involucrados en el mundo de los negocios; una gran variedad de nacionalidades, habilidades y experiencias están representadas en el Consejo. La administración de los arbitrajes y demás medios de solución de controversias es llevada a cabo por dicho Consejo mediante la participación directa del Secretario General del Centro quien actúa como presidente, ejecutivo y registrador.

Los objetivos principales del HKIAC son:

1. La administración de procedimientos arbitrales, domésticos e internacionales. Para tal efecto, El HKIAC opera con listas de árbitros locales e internacionales con gran experiencia y diversidad. Actualmente cuenta con árbitros de mas de 23 países.
2. La administración de otro medios de solución de controversias, conocidos como servicios de ADR, a los cuales el HKIAC les ha tratado de dar un gran impulso, lo que no es usual en todos los centros arbitrales. En 1994, el HKIAC fundó un grupo de mediación con el propósito de promover su desarrollo y uso. La mediación, como medio de solución de controversias, ha tenido mucho éxito en el lejano país asiático, principalmente en las áreas de la construcción, en las disputas familiares y todo parece indicar que tomará gran fuerza en el ámbito comercial y de seguros. Este centro, cuenta con listas de mediadores, siendo la mediación el servicio de ADR que mas promueve. El HKIAC administra los servicios de mediación para los contratos celebrados por el gobierno de Hong Kong.
3. Como autoridad denominadora, está dispuesto a asistir a las partes en una disputa formulando las recomendaciones que mejor se ajusten a las necesidades de cada caso.
4. El HKIAC provee información gratuita sobre la resolución de conflictos nacionales e internacionales. Este servicio de información es de excelente calidad, ya que se debe tomar en cuenta la gran diversidad en experiencia de los miembros que forman su Consejo. Se ha pretendido cubrir las siguientes áreas en la prestación de este servicio de información gratuita: (i) información general y asistencia relacionada a medios nacionales e internacionales de solución de controversias; (ii) resolver cualquier tipo de preguntas concernientes con los procesos de conciliación, mediación y arbitraje en Hong Kong; (iii) información sobre la legislación arbitral en Hong Kong;⁵⁰⁷ (iv) información sobre la forma apropiada de los acuerdos

⁵⁰⁶ Esta ciudad tiene grandes ventajas geográficas, contando con un excelente sistema de comunicaciones, transportes y hospedaje. Hong Kong ha sido por largo tiempo el centro financiero y comercial mas importante de la región, mereciéndose la designación de la capital de Asia. Igualmente cuenta con gran experiencia en cuestiones marítimas y en construcción, y con profesionales altamente capacitados en todas las áreas que se puedan imaginar, teniendo en materia legal, abogados con una preparación excepcional.

⁵⁰⁷ La legislación de Hong Kong se basa en el derecho inglés y se creó que permanecerá sin cambios substanciales por lo menos hasta la mitad del próximo siglo, sin importar el hecho de que la soberanía pasó de manos inglesas a chinas el pasado 1º de julio de 1997. La ley de la materia (*Hong Kong Arbitration*

arbitrales y diversas cláusulas en las que se involucra este centro; (v) asesoría en materia de honorarios de árbitros, y; (vi) cualquier tipo de información y acuerdos con cortes o centros arbitrales en otras ciudades del mundo.

5. Los contactos alrededor del mundo permiten que el HKIAC cuente con una biblioteca que provea de literatura sobre el tema en todos los rincones del planeta.
6. Finalmente, es conveniente mencionar brevemente los servicios prácticos y físicos que presta el HKIAC. Así, nos encontramos con que presta sus servicios sin limitación alguna en cuanto al idioma, ya que cuenta con excelentes facilidades para traducciones simultáneas y para cualquier tipo de traducción de documentos. Por otro lado, este centro cuenta con excelentes medidas de seguridad en la salvaguarda de documentos, salas para juntas y demás servicios electrónicos que permiten significativas ventajas en tiempo y en la utilización de tecnología de punta.

En materia de conciliación, el HKIAC, tiene un juego de reglas creadas por este centro inspiradas en las reglas de mediación del gobierno de Hong Kong, pero se encuentra abierto a utilizar cualquier tipo de reglas propuestas por las partes, dentro de las cuales se puede considerar el Reglamento de Conciliación de la CCI..

En materia de arbitraje, el HKIAC, cuenta con varios juegos de reglas bajo los cuales administra los procedimientos arbitrales, pero lo mas importante es que tiene una posición totalmente abierta en el sentido de aceptar la administración de arbitrajes bajo cualquier tipo de reglas, lo que le da la característica de adaptarse a cualquier tipo de situaciones, y a su vez le da la posibilidad de tener un alto nivel de experiencia en áreas en donde otras instituciones no se encuentran capacitadas para actuar.

Los juegos de reglas que utiliza con mayor frecuencia este centro son los siguientes: (i) Reglas de Arbitraje del HKIAC. Aunque estas reglas son recomendadas principalmente para arbitrajes domésticos, no existe limitación alguna para que no sean usadas en arbitrajes en donde algún elemento se relaciona con otro país; (ii) Reglas para Arbitrajes en Títulos de Crédito, (iii) Reglas para Arbitrajes Cortos; (iv) Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL;⁵⁰⁸ (v) Reglamento de Arbitraje de la CCI; (vi) Reglamento de Arbitraje de la LCIA, y; (vii) Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA. Lo anterior, significa que esta centro arbitral del oriente aplica ordenamientos procesales que han sido analizados y desarrollados en diversas partes del mundo y que se adaptan a las necesidades de diversos participantes en el comercio internacional. El HKIAC pretende tener un marco de actividad que cubra todos los países del mundo y, por consiguiente, debe ser tomado en cuenta por los comerciantes mexicanos.

Como es de imaginarse, el HKIAC utiliza varias cláusulas modelo, algunas de ellas relativas a la CCI, LCIA y la AAA ya han sido transcritas, por lo que se remite a lo dicho respecto a dichas instituciones para usarlas en este Centro del continente Asiático. Las

Ordinance, Chapter 341 of the laws of Hong Kong) prevé el soporte legislativo de la conciliación y el arbitraje. De acuerdo con esta ley, hay dos tipos de arbitrajes: nacionales e internacionales; a los primeros se les aplica un régimen legal específico y a los segundos se les aplica la ley modelo de la UNCITRAL, es decir, una legislación similar a la mexicana la encontramos al otro lado del mundo.

⁵⁰⁸ Véase supra pp_

Reglas de Arbitraje del HKIAC consideran una cláusula modelo pero no se recomienda utilizarla por tener un enfoque netamente doméstico.⁵⁰⁹

3.2.9. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapore (CAIS)- *The Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* -.

Consideramos que ocupa el segundo sitio en la solución de controversias en el continente Asiático, sin embargo con características importantes que permiten considerarlo como una buena opción al analizar la posibilidad de acudir a algún centro arbitral al otro lado del mundo. El SIAC se fundó en 1990, comenzando operaciones hasta julio de 1991.

Los objetivos principales del SIAC son:

1. Al igual que las otras instituciones, su principal objetivo es administrar y promover facilidades en los procedimientos arbitrales, domésticos o internacionales, contando para ello con listas de reconocidos árbitros locales e internacionales, expertos en diversas especialidades.
2. Asimismo, administrar otros medios de solución de controversias, siendo la mediación el más importante.
3. Como autoridad denominadora, asiste a las partes en la solución de una disputa, recomendándoles a la persona que mejor se ajuste a las necesidades del caso.
4. El SIAC provee información gratuita sobre la resolución de conflictos nacionales e internacionales.
5. Proporciona servicios prácticos y físicos como los que presta el HKIAC.

El SIAC tiene una estructura encabezada por una Presidencia, seguida de dos Consejos o Direcciones y, en un tercer plano, encontramos a la Dirección Ejecutiva y al Registro. Los dos Consejos son: el Consejo de Desarrollo Económico y el Consejo de Desarrollo Comercial, cuya principal labor es ofrecer un amplio rango de servicios con la finalidad de ayudar a compañías a internacionalizarse.

El SIAC tiene su sede en Singapur,⁵¹⁰ que es una ciudad considerada por muchos, como el punto de encuentro del mundo comercial.⁵¹¹ El SIAC cuenta con el apoyo de las

⁵⁰⁹ Esta cláusula dice: “*The parties to this agreement hereby agree that this agreement is or is to be treated as a domestic arbitration agreement notwithstanding the provision of the Arbitration Ordinance Chapter 341 of the Laws of Hong Kong. The parties further agree that all or any dispute that may arise under the terms of this agreement are to be arbitrated as a domestic arbitration.*”

⁵¹⁰ La dirección de este centro es: 1 Coleman Street, #05-07/08, The Adelphi, Singapore 179803. Tel. (65)334-1277, Fax: (65) 334 2942, E-mail:sinarb@singnet.com.sg.

⁵¹¹ Cuenta con una moderna economía que la ubica en el segundo standard más alto en Asia y, dentro de sus principales actividades, encontramos el sector financiero, transporte aéreo y marítimo, telecomunicaciones, comercio y turismo. Al igual que Hong Kong, el SIAC cuenta con una excelente infraestructura que le permite

dos organizaciones mas importantes en el desarrollo del comercio e industria de Singapur que son: la Junta de Desarrollo Comercial (*the Trade Development Board*) y la Junta de Desarrollo Económico (*the Economic Development Board*)

El SIAC cuenta con Reglas propias de Mediación y Conciliación, que son de reciente creación. Su entrada en vigor fue el 2 de abril de 1997. Estas reglas proporcionan el marco legal necesario para los procesos de mediación en los que las partes buscan una mutua y aceptable solución a su disputa. Al preparar este juego de reglas, el SIAC tomó como base las reglas de otras instituciones con vasta experiencia.

Las primeras reglas de arbitraje del SIAC fueron elaboradas en 1991. Después de seis años de uso se les sometió a un proceso de análisis y modificación hasta expedir una nueva versión en octubre de 1997. Las modificaciones se realizaron por el Comité Consultivo del centro y uno de sus propósitos fue adaptarlas a la nueva legislación interna.⁵¹²

El Reglamento de Arbitraje del SIAC se ha basado, en términos generales, en los reglamentos de arbitraje de la UNCITRAL y de la LCIA, con sus respectivas modificaciones. Dichas modificaciones han permitido acortar los plazos en la presentación de la etapa escrita del procedimiento, es decir, en la exhibición de documentos y en el tiempo de elaboración del laudo arbitral.

La cláusula modelo de este centro es:

"Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluyendo cualquier cuestión relacionada a su existencia, validez o terminación, serán referidas a y finalmente resueltas mediante arbitraje en (Singapur) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur ("Reglas SIAC") por el tiempo que estén en vigor, las cuales se considerarán incorporadas por referencia a esta cláusula."

Las partes pueden añadir:

"El tribunal consistirá en _____ árbitro(s) que serán designados por el presidente del SIAC."

"La ley gobernante del contrato será la ley substantiva de _____."

*"El idioma del arbitraje será _____."*⁵¹³

4.3. CORTES Y CENTROS ARBITRALES MEXICANOS

ser una buena opción lugar para administrar arbitrajes.

⁵¹² *The International Arbitration Act (Cap 143A)(IAA)*, que entró en vigor el 1º de enero de 1995.

⁵¹³ Texto en inglés: *"Any disputes arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration in (Singapore) in accordance with the Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Centre ("SIAC Rules") for the time being in force which rules are deemed to be incorporated by reference to this clause."*

4.3.1. Centro de Arbitraje de México (CAM).

Es una empresa que se creó en 1997 y cuyo objetivo fundamental es prestar servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado mexicano.

El CAM es el resultado de un esfuerzo conjunto de un grupo selecto de profesionistas mexicanos, que han destacado en sus respectivas ramas de actividad: legal, económica, financiera, comercial e industrial. Los fundadores de este nuevo centro son reconocidas personalidades, las cuales han evolucionado profesionalmente tanto en el ámbito internacional o en el sector público, como en la iniciativa privada, el comercio o dentro del sistema judicial federal mexicano. En general, podemos decir que los creadores de este centro han tenido una activa participación en el desarrollo económico, político y social de este país.⁵¹⁴

Debe reconocerse que el CAM presta servicios del mismo nivel que el alcanzado por instituciones de gran prestigio internacional, como son la ICC, la AAA y la LCIA, ya que sus fundadores y funcionarios de mas alta jerarquía en el centro han adquirido parte de su experiencia en instituciones como la ICC.⁵¹⁵ Sin embargo, en lo relativo al alcance actual del ámbito de acción del centro, si bien es restringido a esta fecha debido a lo reciente de su creación, puede augurarse que muy pronto alcanzará el mismo éxito que otras prestigiadas organizaciones. El CAM, como cualquier otro centro arbitral, deberá recorrer un proceso de maduración que se encuentra dividido en diversas etapas, en las cuales se irán fortaleciendo las anteriores y se pondrán objetivos nuevos con resultados a corto plazo.

Actualmente, los servicios que presta el CAM son los siguientes:

1. Administración de procedimientos arbitrales nacionales.

La actividad inicial del CAM a este respecto ha tenido un enfoque preferentemente nacional, es decir, arbitrajes en donde ambas partes sean nacionales mexicanos y no existan elementos extranjeros. No obstante lo anterior, no existe ninguna limitación para administrar arbitrajes internacionales, y debe mencionarse que, en caso de que una controversia de esta naturaleza se someta al CAM, tomando en cuenta la capacidad del centro y de las personas que en él intervienen, se garantiza una solución justa como la de los centros arbitrales más importantes ubicados alrededor del mundo. La razón de ser de esta posible limitación a la actividad del CAM se debe al proceso de maduración antes mencionado, en el cual se destaca la voluntad

⁵¹⁴ Dentro de los fundadores tenemos a: (i) Guillermo Aguilar Alvarez, quien fue jefe de la asesoría jurídica de México durante las neociación e implementación del TLC y los tratados comerciales con Bolivia, Costa Rica, Colombia y Venezuela. De 1984 a 1990 fue Concejero y Consejero General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; (ii) Luis Alberto Aziz, quien fue miembro del equipo de asesores jurídicos de México durante la negociación del TLC; (iii) Ulises Schmill, quien ocupó los cargos de Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación; Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de la Comisión de Gobierno y Administración; (iv) Carlos de Silva Nava, quien ha ocupado importantes cargos en el Poder Judicial, como Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juez de Distrito del Juzgado Segundo de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal, y; (v) José Ramón Cossío Díaz, quien ha sido investigador Asociado C en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁵¹⁵ De manera particular véase la trayectoria del Licenciado Guillermo Aguilar Alvarez, nota al pie No. 514.

de sus miembros de desarrollar el arbitraje interno como una forma de crear una cultura del arbitraje en México.

En cuanto a la naturaleza de los asuntos cuya solución puede ser administrada por el CAM, no existe limitación alguna, salvo que su arbitrabilidad sea posible de acuerdo con la legislación mexicana. El CAM, en consecuencia, puede conocer asuntos comerciales, civiles o mixtos.

2. Actuación como autoridad designadora.

El CAM cuenta con amplias facultades para designar a la o las personas que fungirán como árbitro único o como miembros del tribunal arbitral, sin importar que se trate de arbitrajes administrados por el mismo Centro, por alguna otra institución o simplemente como apoyo en arbitrajes *ad-hoc*.

Para tal efecto, el CAM dispone de una base de datos que permite identificar a aquellas personas que pueden ser seleccionadas como árbitros. Para formar parte de dicha base de datos se requiere llenar una forma de Datos de Registro,⁵¹⁶ cuya información es de uso confidencial por el CAM y cuyo análisis se somete al Consejo General, autorizando únicamente a los candidatos que cumplan con un perfil previamente delineado por el CAM, que es tener una especialización en determinada materia⁵¹⁷ y una reputación intachable que garanticen independencia, imparcialidad y la solución justa y apegada a derecho.

La designación de los árbitros realizada por este Centro se debe ajustar a una Guía⁵¹⁸ que para tal efecto creó el CAM, la cual prevé un breve procedimiento que se inicia con la presentación de una solicitud de designación de árbitro, por escrito, junto con el acuerdo de arbitraje y el contrato o documento base de la acción, así como el pago correspondiente de una suma igual a la tasa administrativa del CAM. Posteriormente, el CAM, tomando en cuenta la especialización requerida y la independencia, imparcialidad y disponibilidad de los candidatos, escoge a la o las personas idóneas dentro de su base de datos.

⁵¹⁶ Los formatos se pueden conseguir directamente en las oficinas del CAM (véase nota al pie No. __). Existen dos tipos de formatos, uno para profesionistas en general, enfocado a los abogados y otro para aquellos que intervienen en la rama de la construcción, es decir, ingenieros y arquitectos. En ambos se deberá incluir información general de los posibles candidatos, especificándose el tipo de especialización que se tenga, los idiomas que hable el candidato y la experiencia en arbitrajes anteriores (sin indicar el nombre de las partes, para respetar la confidencialidad que caracteriza a este método de solución de controversias), mencionando si participó como miembro del tribunal arbitral o abogado de alguna de las partes.

⁵¹⁷ De manera informativa mas no limitativa, se mencionan en los formatos de Datos de Registro las siguientes especializaciones: (i) Formato General: comercio exterior, contabilidad y finanzas, contratos de construcción, contratos de franquicia, contratos de representación y distribución, contratos de transporte, derecho ambiental, derecho bancario, derecho financiero/bursátil, derecho informático, derecho inmobiliario, derecho mercantil, *joint ventures*, propiedad industrial, telecomunicaciones y transferencia de tecnología; (ii) Formato para Asuntos de Construcción: ingeniería civil, ingeniería electrónica, ingeniería eléctrica, ingeniería financiera, ingeniería geológica, ingeniería industrial, ingeniería mecánica, ingeniería en sistemas de transportes, ingeniería en sistemas/computación, ingeniería topográfica, arquitectura.

⁵¹⁸ El nombre de dicho documento es la Guía para la Propuesta y la Designación de Arbitros del Centro de Arbitraje de México.

En la designación del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, el CAM someterá el nombre de por lo menos tres candidatos a las partes, quienes tendrán un plazo para hacer sus objeciones y preferencias en relación con los árbitros propuestos y, transcurrido dicho plazo, se hará el nombramiento. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según el procedimiento previamente establecido, el CAM ejercerá su derecho para nombrar al árbitro único o al presidente del tribunal arbitral.

La Guía antes mencionada, prevé también la posibilidad de recusación del árbitro, en caso de que existan circunstancias de tal naturaleza que puedan dar lugar a dudas justificadas de su imparcialidad o independencia, así como la sustitución del árbitro en caso de muerte o renuncia durante el procedimiento, nombrándose un árbitro sustituto. Por último, se regulan los honorarios y gastos de árbitros, lo que garantiza a las partes que sus gastos no se elevarán a cantidades absurdas y que siempre habrá una contraprestación justa por la labor realizada por el árbitro único o, en su caso, por los miembros del tribunal arbitral.

3. La celebración de seminarios o conferencias para promover la cultura del arbitraje en México.

A la fecha, se han celebrado diversos eventos, dentro de los cuales vale la pena citar el Seminario de Arbitraje Comercial realizado en enero de 1998, con el apoyo del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

El CAM cuenta con toda la estructura física y el personal necesario para prestar los servicios antes mencionados, formando parte del grupo de empresas ubicadas en el *World Trade Center* Ciudad de México,⁵¹⁹ lo que se traduce en facilidad para conseguir salas de juntas, medios modernos de telecomunicaciones y todos los avances tecnológicos necesarios para efectuar su labor con resultados muy satisfactorios.

Siguiendo con la idea del proceso de maduración del CAM, nos encontramos que los siguientes son servicios que, si bien no se dan en la actualidad por este centro arbitral, se darán en un futuro no lejano:

1. Administración de procedimientos arbitrales internacionales.

Como se mencionó anteriormente, el CAM se encuentra abierto para administrar este tipo de arbitrajes; sin embargo, la idea es promoverse internacionalmente, una vez que haya logrado una aceptación significativa en el mercado nacional.

2. Administración de procedimientos alternativos en solución de controversias.

Principalmente mediación y conciliación. Quizás este servicio requiera de mas tiempo para ser ofrecido por el CAM y se encuentre en una de las últimas etapas del proceso de maduración al que nos hemos estado refiriendo, ya que se requiere

⁵¹⁹ La dirección actual es: WTC, Montecito 38, piso 14, of. 38, Colonia Nápoles, México, D.F. 03810. Tel: (525)488-04-36, Fax: (525)488-04-37, e-mail: camex@data.net.mx.

previamente de una aceptación profunda y directa del arbitraje por parte de la comunidad legal y comercial mexicana antes de que estén dispuestos a incursionar en otros métodos.

3. Publicaciones sobre el tema y demás medios de promoción y actualización del arbitraje.

A este respecto, es conveniente mencionar que próximamente, el CAM planea publicar un boletín que permita a los abogados y comerciantes mexicanos estar al día en materia de arbitraje así como en otros temas legales y comerciales afines.

4. Membresías.

Finalmente, se analizará la posibilidad de que el CAM cuente con membresías, tanto nacionales como internacionales, mediante las cuales sus miembros cuenten con una serie de ventajas, como serían descuentos en seminarios y conferencias, así como recibir periódicamente el boletín que se planea publicar.

El CAM, como toda sociedad anónima mexicana, cuenta con una Asamblea de Accionistas, un Consejo de Administración y un Comisario Social. Asimismo, se creó un Consejo General y una Secretaría General. El Consejo General se encuentra integrado en la actualidad por cinco miembros,⁵²⁰ quienes fueron designados por la Asamblea General de Accionistas del CAM. El Consejo General sesiona con la frecuencia que determine su presidente, quien presidirá las sesiones y en caso de que él no pueda, lo harán los miembros designados por éste para tal efecto. El *quórum* requerido es de tres miembros y las decisiones se toman por mayoría de votos, teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate. Las atribuciones de dicho Consejo son: (i) verificar la existencia *prima facie* del acuerdo arbitral; (ii) nombrar, remover y sustituir a los árbitros; (iii) aprobar el Acta de Misión que haya redactado el tribunal arbitral; (iv) aprobar el laudo dictado por el tribunal arbitral; (v) aprobar las correcciones e interpretación que se hagan al laudo; (vi) fijar los honorarios de los árbitros y la tasa administrativa del CAM, y; (vii) las demás que fueren necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte la Secretaría General se encuentra encabezada por un Secretario General, un Secretario General Adjunto y un Asesor Técnico,⁵²¹ quienes son designados por el Consejo General. Este órgano cuenta con las siguientes funciones: (i) confirmar los árbitros que hayan sido designados por las partes; (ii) fijar la sede del arbitraje; (iii) prorrogar los plazos procesales cuando las reglas así lo permitan; (iv) fijar el importe del depósito de fondos para cubrir los gastos del arbitraje; (v) revisar el importe del depósito de fondos para cubrir los gastos del arbitraje; (vi) suspender el procedimiento; (vii) certificar copias de los laudos; (viii) contribuir al desarrollo expedito del procedimiento arbitral; (ix) interpretar las Reglas de Arbitraje del CAM, y; (x) las demás que fueren necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

⁵²⁰ Actualmente los 5 miembros del Consejo General son: Guillermo Aguilar Alvarez, Luis Alberto Aziz, Ulises Schmill, Carlos de Silva Nava y José Ramón Cossío Díaz.

⁵²¹ El cargo de Secretario General es ocupado en la actualidad por Carlos de Silva Nava y el de Secretario General Adjunto por Cecilia Azar Manzur.

El CAM cuenta con un solo juego de reglas denominado “Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México”⁵²² con vigencia desde la creación del propio CAM y cuya eficacia se garantiza por el hecho de estar basado, con la adaptación correspondiente, al reglamento de Arbitraje de la CCI, al que ya nos referimos y el cual fue el resultado de una ardua labor de jurisconsultos de todos los sistemas jurídicos del planeta. De manera general, las Reglas del CAM regulan lo relativo a la presentación de la demanda de arbitraje, la constitución del tribunal arbitral, el envío del expediente al tribunal arbitral, el Acta de Misión,⁵²³ el laudo arbitral y las costas.

La cláusula modelo prevista por el CAM es:

*"Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas Reglas."*⁵²⁴

4.3.2. Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CPACANACO).

La Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO),⁵²⁵ como ya se indicó es la Sección Mexicana de la CIAC,⁵²⁶ para lo cual integró una Comisión Permanente de Arbitraje que tiene a su cargo intervenir como organismo administrador y

⁵²² Véase Anexo V (Texto completo de las Reglas).

⁵²³ Este documento resume el conflicto y establece los puntos en controversia, por lo que su gran importancia es incuestionable, ya que es la base de todo el procedimiento arbitral.

⁵²⁴ Texto en inglés: "All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of Arbitration Center of Mexico (CAM) by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

Texto en francés: "Tous différends découlant du présent contract seront trachés définitivement suivant le Reglement d'Arbitrage du Centre d'Arbitrage du Mexique (CAM) par un ou plusieurs arbitres nommés conformément a ce Reglement."

⁵²⁵ En la CANACO, en 1985, se fundó el Centro Mexicano de Arbitraje Comercial (CEMAC), que era un organismo que tenía por objeto prestar servicios de consulta sobre arbitraje así como la administración de arbitrajes privados, tanto nacionales como internacionales. Sin embargo, por no contar con reglas propias de procedimiento, no se lograron los resultados esperados como otras instituciones administradoras del arbitraje. Dicho organismo fue constituido bajo los auspicios de varios organismos empresariales de gran prestigio, pero sencillamente, en opinión de Julio C. Treviño, no funcionó.

Por otro lado, existe una institución de derecho público que administra arbitrajes privados en materia comercial internacional, denominada Comisión para la Protección del Comercio Exterior (COMPROMEX) que dependió del Instituto Mexicano del Comercio Exterior hasta 1985, año en que se extinguió dicho instituto; desde entonces depende del Banco Nacional de Comercio Exterior (BANCOMEXT). De acuerdo con sus reglas, esta Comisión interviene en casos de arbitraje voluntario derivados de controversias de comercio exterior entre particulares cuando cualquiera de las partes (importador, exportador) está domiciliada en México; y ésta es una de sus principales limitaciones. Otra limitación es que demuestra una cierta inclinación a la protección del comercio exterior que realizan los mexicanos lo que, dentro del ámbito del arbitraje comercial internacional, indudablemente es considerado como negativo. Treviño sigue opinando, que la actividad de dicha institución disminuyó desde hace dos o tres años, aunque al parecer hay un intento para reactivarla.

⁵²⁶ Véase supra pp. _

otorgar su convalidación en los procedimientos arbitrales de carácter internacional que son sometidos para su solución a dicha Sección Mexicana.⁵²⁷ Además de servir como una representante en México del reconocido centro arbitral internacional, funciona como un foro para arbitrajes nacionales, teniendo al efecto sus propias reglas cuya cláusula Modelo es la siguiente:

“Cualquier desavenencia relacionada con este contrato será resuelta definitivamente por medio del arbitraje en la Ciudad de México, por un árbitro, salvo que las partes acuerden que sean tres, de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.”

Como vemos el papel de la CANACO es triple en materia de arbitraje comercial, pues por un lado es representante de la CIAC, por otro es representante del CAMCA y finalmente es un foro nacional que, aunque no ha tenido mucha experiencia, creemos que en el futuro pueda experimentar un crecimiento significativo. Desafortunadamente para esta institución, el CAM es una muy buena competencia en el mercado nacional; sin embargo, y si se da el crecimiento de la figura del arbitraje comercial en México como apunta su perspectiva, habrá suficiente trabajo para ambas organizaciones.

Por último, podemos mencionar la participación que han tenido otros organismos en la difusión del arbitraje comercial internacional, principalmente con la realización de seminarios y conferencias, como es el caso: del Instituto Mexicano del Comercio Exterior (IMCE) que dependía del gobierno mexicano; de la Academia de Arbitraje Comercial Internacional (ADACI) que hasta el año de 1988 había organizado nueve seminarios anuales y diversos cursos, así como editado diversas publicaciones sobre la materia; del Capítulo Mexicano de la CCI, el cual ha dado y está dando un gran impulso al arbitraje comercial internacional, y; de la Barra Mexicana de Abogados, A.C., cuya aportación en el fomento del arbitraje ha sido la preparación de conferencias y debates entre los mejores especialistas que tiene México a este respecto. La labor realizada por las instituciones mencionadas en este párrafo no ha sido suficiente para enfrentar los cambios económicos y legislativos que se están registrando en nuestro país, por lo que fue necesario la creación de un organismo como el CAM, institución que indudablemente significa un gran paso en el arbitraje comercial en México.

⁵²⁷ Las oficinas de esta Comisión se encuentran en Paseo de la Reforma No. 42, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, 06048 en México, Distrito Federal. Tel: 525-703-2862. Fax: 525-592-35-71.

CAPITULO V

EL DERECHO ARBITRAL MEXICANO (*LEX ARBITRI*).

5.1. LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR UN DERECHO ARBITRAL LATINOAMERICANO.

En la actualidad, la mayoría de los países latinoamericanos, dentro de los cuales se incluye a México como parte de los países en vías de desarrollo, ha requerido una modernización legislativa para adaptarse a los requerimientos de la apertura comercial.

Los países latinoamericanos han comenzado a comprobar que el arbitraje comercial internacional es útil para la solución de problemas que no reciben satisfacción adecuada a través de los esquemas tradicionales del derecho internacional privado. En efecto, el método tradicional consiste en seleccionar el sistema doméstico al cual se debe recurrir para determinar tanto el derecho aplicable al fondo de la controversia, como el foro en donde se debe ventilar la misma. Hoy en día, dicho sistema resulta inadecuado para el tráfico internacional, ya que cada parte prefiere que se aplique su derecho doméstico y que se escojan sus tribunales nacionales. Por otro lado, se presenta la concurrencia simultánea de normas sustantivas y de competencias, en donde no es raro que los diferentes sistemas legales en conflicto atribuyan esa competencia, cada uno de ellos, a sus propios sistemas de derecho, es decir, en favor de los diversos países involucrados; e, inclusive, cabe la posibilidad de que, la competencia y el derecho sustantivo aplicable, se puedan dar en favor de un tercer país. Todo lo anterior encuentra solución a través del arbitraje comercial internacional.

"En Latinoamérica, el arbitraje comercial internacional se presenta como un recurso necesario para coadyuvar al desarrollo económico y social de los países de la región."⁵²⁸ La opinión de Julio C. Treviño antes citada, recalca la idea de quitar obstáculos al arbitraje en las legislaciones latinoamericanas, principalmente en la mexicana, ya que la administración actual, como la pasada, han identificado, como uno de sus objetivos prioritarios, la apertura comercial. Treviño sigue opinando que "puede afirmarse que Latinoamérica dispone ya, en términos generales, de la infraestructura necesaria para desarrollar el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, faltan todavía pasos importantes que dar en ese sentido y, sobre todo, generalizar la práctica del arbitraje."⁵²⁹ Principalmente se refiere a dos aspectos:

⁵²⁸ Treviño, Julio C., **Op.cit.** nota al pie No. 126, p. 323

⁵²⁹ Véase **idem**, p. 341

1. La falta de ratificación, por algunos países, de la Convención de Nueva York y de la de Panamá, y;⁵³⁰
2. La falta, en la generalidad de los países de la región, de una legislación interna adecuada en materia de arbitraje.⁵³¹

En cuanto al primer aspecto antes mencionado, podemos observar que un empresario que pertenezca a un país que no haya ratificado alguna de estas convenciones, pierde la oportunidad de resolver sus controversias en materia comercial internacional por medio del arbitraje, y al mismo tiempo pierde la posibilidad de utilizar como argumento en sus negociaciones la facilidad del arbitraje existente en su país.

Con relación al segundo aspecto, observamos que un empresario de un país que no tenga una legislación interna adecuada y moderna en materia de arbitraje comercial internacional, difícilmente podrá proponer en sus convenios arbitrales a su propio país como lugar sede del arbitraje o tendrá que acudir siempre a países con una legislación procesal más moderna en materia de arbitraje. Además, la experiencia de los abogados que puedan actuar como sus asesores legales, difícilmente será competitiva por no contar con el conocimiento suficiente en derecho arbitral.

Por su parte, la necesidad de modernizar las legislaciones arbitrales latinoamericanas, tiene como consecuencia directa el beneficio de las economías nacionales, pues los empresarios tendrán mayor oportunidad de comerciar sus productos en el extranjero, toda vez que un país que tiene un buen sistema de arbitraje comercial es mejor cliente o proveedor que uno que no lo tiene.

Conviene reiterar lo ya expresado en esta obra, relativo a que la legislación adjetiva aplicable en la resolución de una controversia mercantil mediante el arbitraje comercial internacional, es: i) el acuerdo arbitral; ii) las reglas de la institución, si el arbitraje es institucional, o las que hayan pactado las partes, si el arbitraje es *ad-hoc*; iii) la ley procesal del lugar del arbitraje, y; iv) la ley procesal del país - incluidos los tratados internacionales ratificados - donde se ejecute el laudo arbitral.

De acuerdo con lo anterior, la necesidad de contar con una legislación arbitral adecuada, radica principalmente en el hecho de que, aunque las partes decidan aplicar la ley adjetiva de determinada institución o mediante reglas que ellas mismas hayan creado, se

⁵³⁰ Es recomendable que los estados sean parte de la Convención de Nueva York, porque la de Panamá no elimina del todo los obstáculos que surgen al ser aplicada por los tribunales comunes. En caso de que los países de las partes involucradas sean signatarios de ambas convenciones y utilizando los principios legales de “ley especial deroga ley general” y “ley posterior deroga ley anterior”, se utilizaría la Convención de Panamá sobre la de Nueva York.

⁵³¹ Algunos de los graves inconvenientes que resultan de la falta de una legislación nacional adecuada a las necesidades del arbitraje comercial internacional son, por ejemplo, la posibilidad de que se viole el convenio arbitral por una parte que evite o se rehuse a acudir al árbitro recurriendo a los tribunales comunes, sin que éstos estén obligados a denegar la acción por litispendencia; la posibilidad de que el desarrollo del arbitraje se vea obstaculizado por un juez que tiene facultades para resolver, como asunto de previo y especial pronunciamiento, acerca de la competencia del árbitro; y la dificultad que encuentran los árbitros para contar con la colaboración de los jueces en materia de medidas precautorias.

aplica supletoriamente la ley del lugar del arbitraje.⁵³² Esto conlleva a que si un país tiene una ley arbitral antigua u obsoleta, muy probablemente no sea elegido como lugar para ventilar juicios arbitrales, lo cual es desventajoso para sus nacionales.

Un aspecto práctico importante que depende de la ley procesal del lugar, es la aplicación de las medidas precautorias, ya que el árbitro no tiene potestad para dictarlas y requiere siempre del auxilio judicial en esta materia.

En algunos casos, y como consecuencia de no disponer una legislación arbitral moderna y actualizada, las partes elijen como lugar del arbitraje a un país distinto a aquél del cual son nacionales y, consecuentemente, el laudo arbitral habrá de ejecutarse en un país distinto de aquel en que fue emitido. Por eso, es necesario tomar en consideración no solo la ley procesal del país donde se desarrolla el arbitraje y se dicta el laudo que pone fin a la controversia, sino también la del país donde se ejecutará el laudo; y más aún, debemos tomar en cuenta si dichos países han ratificado o no las convenciones internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos dictadas en el extranjero, a las cuales ya hicimos mención, así como el identificar las reglas de cooperación procesal internacional.⁵³³

De lo anterior, podemos concluir que como las leyes procesales son diferentes en cada país, resulta que el arbitraje comercial internacional, no obstante de la existencia de los tratados, tiene un tratamiento diverso en cada país. En la medida en la que exista uniformidad entre las distintas legislaciones internas, habrá mayor evolución del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, al respecto opina Julio C. Treviño, con quien estamos de acuerdo, que "quizá no sea del todo conveniente eliminar todas las diferencias y procurar una ley uniforme sobre arbitraje en todos los países. Pero hay ciertos puntos especialmente importantes en los cuales sí conviene una identidad de criterios. Uno es el relativo a si el árbitro tiene facultades para decidir sobre su propia competencia y la validez de la cláusula arbitral, así como el relativo a la aplicación de medidas precautorias."⁵³⁴

No solo es suficiente que la legislación interna de los países sea moderna y adecuada en materia de arbitraje comercial internacional, sino que debe existir un amplio conocimiento de la misma por parte de los abogados o juristas y jueces, pues es necesario que conozcan la figura del arbitraje, así como la legislación nacional e internacional aplicable, para poder ofrecerla a los comerciantes como el mejor medio para solucionar las controversias de esta naturaleza. Lo anterior, es recomendable principalmente en países como México, ya que el creciente desarrollo económico y comercial, hace cada vez más necesaria la adecuación de los ordenamientos legales correspondientes en el ámbito internacional privatista y la preparación de las personas que trabajan, interpretan y aplican esta normatividad.

⁵³² Con la finalidad de armonizar la legislación interna de los países la CNUDMI creo la Ley Modelo. Véase supra notas al pie Nos. 218 y 219.

⁵³³ La Convención de Nueva York, en el artículo V, dispone que el juez debe negar la ejecución del laudo, sólo cuando concurre alguna de las siguientes causas: incapacidad de una de las partes; invalidez del acuerdo arbitral; falta de notificación adecuada al demandado; extralimitación del árbitro en sus facultades decisorias; invalidez de la constitución del tribunal arbitral; que el procedimiento no se ajusta al acuerdo, o en su defecto a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje, o; porque el laudo aún no sea, según la ley del país, definitivo.

⁵³⁴ Treviño, Julio C., **Op.cit.** nota al pie No. 126, p. 336.

5.2. EL DERECHO ARBITRAL MEXICANO.

El derecho que regula el arbitraje comercial internacional no había tenido un desarrollo verdaderamente trascendente, hasta hace poco. Algunos años atrás podíamos notar que, aunque la legislación doméstica preveía esta figura tanto en el C. Com. como en el CFPC, CPCDF y de los demás estados de la república, encontrábamos deficiencias importantes que impedían que México fuera un lugar atractivo para designarlo sede de arbitrajes.⁵³⁵

Sin embargo, en los últimos tiempos, ha existido en México una tendencia a revisar y modificar la legislación interna en esta materia. Dicha labor se ha llevado a cabo mediante la consulta a juristas mexicanos sumamente capacitados en esta materia - quienes han participado activamente en el papel de árbitros -, así como a organismos nacionales e internacionales.

Deben detectarse aquéllos ordenamientos jurídicos que se utilizan en los procesos arbitrales, para revisar:

1. La capacidad de las partes.
2. El acuerdo arbitral.
3. El procedimiento arbitral (derecho adjetivo).
4. El fondo del asunto (derecho sustantivo).
5. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

En México, los ordenamientos jurídicos que regulan los temas anteriores son: (i) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; (ii) el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales; (iii) el Código de Comercio; (iv) el Código Federal de Procedimientos Civiles, y; (v) Diversos Tratados Internacionales. A continuación se expresan algunos comentarios de carácter general respecto a la legislación mexicana antes mencionada, la cual en orden jerárquico es la siguiente:

5.2.1. LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la base de nuestro sistema jurídico, encontramos diversos artículos que en algunos aspectos han generado polémica y dudas sobre el tema y cuyo contenido se transcribe en la parte conducente a fin de relacionarlo con la materia que nos ocupa:

⁵³⁵ Una exposición sintética de la evolución del arbitraje mercantil en México, pueden verse en Siqueiros, José Luis, *"El Arbitraje Comercial en México"*, en *"Revista de la Facultad de Derecho de México"*, XV, 59, jul-sept. 1965, y Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.* nota al pie No. 93, cuyo capítulo tercero da una breve reseña histórica del arbitraje en México, y reproduce las disposiciones procesales aplicables en cada uno de los estados de la federación.

"Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. ..."

"Artículo 14. ..."

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. ..."

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"

"Artículo 17. ... Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho."

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena jurisdicción de sus resoluciones. ..."

Conforme a las disposiciones constitucionales, el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la propia Constitución Federal y por las de los estados, que en ningún caso pueden contravenir las del Pacto Federal. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La división de poderes es un principio básico de la organización de los estados constitucionales modernos que se considera necesario para el establecimiento de un gobierno de garantías.

De manera particular, destacamos la función jurisdiccional como uno de los medios de que se vale el Estado para ejercitar sus atribuciones de reglamentación de la actividad privada. El ejercicio de esta función presupone un conflicto de derecho que no puede dejarse a las partes resolver y requiere de un procedimiento especial previo, mismo que constituye una garantía para las partes en conflicto. Además, la actividad jurisdiccional está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría en el supuesto de que se permitiera hacer justicia por propia mano; está concebida como un medio para mantener el orden jurídico y, en esa medida, la sentencia que se dicte, con carácter definitivo, habrá de provocar la cesación del conflicto ordenando restituir y respetar el derecho ofendido.

De la lectura de los textos constitucionales mencionados, podría pensarse que el arbitraje privado comercial internacional, como un medio para resolver controversias específicas por acuerdo previo de voluntades, sería violatorio de los principios en ellos establecidos. Sin embargo, no consideramos que esto suceda, ya que el arbitraje es el resultado de un acuerdo de voluntades que concluye en un laudo arbitral, el que por sí solo no tiene ninguna fuerza para su cumplimiento, sino que necesita la intervención del órgano judicial del Estado soberano para poder hacer cumplir lo establecido en dicho laudo arbitral. Por otro lado, en el procedimiento arbitral igualmente se observan las formalidades esenciales del procedimiento, y lo principal, es que dicho medio de solución de controversias no es obligatorio para las partes, pues ellas pueden acudir a los tribunales judiciales en caso de quererlo, siendo ésta una libertad que se autolimita cuando las partes celebran un acuerdo arbitral.

Igualmente se ha cuestionado la legalidad del arbitraje al afirmar que la constitución prohíbe los fueros. Sin embargo, el uso del arbitraje no es un fuero; su naturaleza es meramente consensual.

Los artículos constitucionales mencionados prohíben la creación de tribunales especiales⁵³⁶ y la existencia de leyes exclusivas, estableciendo el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley y ante los tribunales creados por el Estado, lo que no se opone al arbitraje privado comercial internacional, en el cual el tribunal arbitral es el resultado de la voluntad de las partes previéndose la aplicación de disposiciones legales y el respeto absoluto de las garantías individuales. Por otra parte, la expresión "tribunales previamente establecidos" debe ser entendida en un sentido lato que abarca no sólo a los órganos del Poder Judicial, sino a todos aquellos que tengan la facultad de decidir controversias de manera imparcial como es el caso de algunas autoridades administrativas o el de los procedimientos de arbitraje establecidos sobre el principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, siempre y cuando no se violen disposiciones de orden público. A mayor abundamiento, en el procedimiento arbitral no podría hablarse de violación de garantías, ya que ninguna de las partes que en él intervienen son consideradas como autoridad.

⁵³⁶ Según Ignacio Burgoa, los tribunales especiales son aquellos que se encuentran en contraposición de los tribunales generales cuya característica principal es la permanencia de sus funciones ejecutivas o decisorias y la posibilidad de tener injerencia válidamente en un número indeterminado de negocios singulares que encaje dentro de la situación determinada abstracta constitutiva de su ámbito competencial. En conclusión, las dos características de los tribunales generales, son:

1. Que la competencia o capacidad de una autoridad judicial, administrativa o legislativa no cesa cuando concluye el conocimiento íntegro de uno o varios casos concretos, sino que se conserva ilimitadamente en tanto una ley no la despoje de sus atribuciones y facultades, y;

2. Que la competencia o capacidad autoritaria se extiende a todos los casos presentes y futuros que se sometan o puedan someterse a la consideración del órgano estatal.

Pues bien, ninguna de estas dos características ostentan los llamados "tribunales especiales", ya que no son creados por la ley, sino instituidos comúnmente mediante un acto *sui generis* (decreto, decisión administrativa o legislativa formalmente hablando, etc.), en el cual se consignan sus finalidades específicas de conocimiento o injerencia (juicios por comisión). Un tribunal especial sólo está capacitado para conocer de uno o varios casos concretos determinados, objetivo para cuya consecución fue expresamente establecido. La Suprema Corte ha sustentado el siguiente concepto: "por tribunales especiales se entienden aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes..." Burgoa, Ignacio, **"Las Garantías Individuales"**, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 283.

Como conclusión, podemos aclarar que el afirmar que el arbitraje es un medio de solución de controversias que no está de acuerdo con la Constitución, sería tan absurdo como afirmar que las partes no tienen derecho alguno de firmar un convenio de finiquito mediante el cual pongan fin a una controversia anteriormente surgida, pues podría pensarse que se están haciendo justicia por su propia mano. Indiscutiblemente este convenio de finiquito tiene plena validez y en caso de no ser cumplido por alguna de las partes, la otra parte puede acudir a la autoridad judicial a hacerlo valer, tal como sucede con el laudo arbitral. El arbitraje es simplemente un procedimiento para llegar a ese finiquito.

Otros preceptos constitucionales se citan a continuación en su parte conducente:

"Artículo 25. ...

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución."

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, ...

De estos artículos, podemos concluir que, de manera indirecta, la Constitución establece la necesidad de que el derecho positivo mexicano contenga, al establecer las condiciones de funcionamiento del sector privado, los fines generales que el Estado se propone para alcanzar el desarrollo nacional; y, en este sentido, una buena legislación en materia de arbitraje es, sin lugar a duda, un factor determinante para facilitar las relaciones comerciales, lo que se traduce en un elemento importante para el desarrollo de la economía nacional. Por otro lado; la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia comercial es indiscutible y sin contravenir la propia constitución, la legislación mexicana arbitral emanó de este órgano.

Otros preceptos señalan:

"Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal. ..."

De esta fracción del artículo 104 constitucional, podemos concluir que en materia de arbitraje por tratarse de leyes federales tanto el C. Com. como los tratados en esta materia de los que México es parte, existe una jurisdicción concurrente.⁵³⁷

Finalmente, el artículo 133 constitucional establece:

*"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."*⁵³⁸

Este precepto precisa la supremacía normativa de que gozan la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y los tratados a los que alude el artículo, quedando incluidos los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones regulatorias del arbitraje así como los tratados internacionales sobre esta materia en los que México es parte.

⁵³⁷ La jurisdicción concurrente es la capacidad o facultad que tienen dos o más tribunales de conocer de un mismo asunto. Palomar de Miguel, Juan, **"Diccionario de Derecho"**, Mayo Ediciones, S. de R. L., México, 1981, p. 764.

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, el precedente inmediato de la jurisdicción concurrente prevista en este artículo, se encuentra en el artículo 97 de la Constitución federal del 5 de febrero de 1857, el cual confirió a los tribunales federales la competencia para conocer, entre otras cosas, de todas las controversias sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales. El 29 de mayo de 1884 se reformó la fracción I del citado artículo 97, introduciendo el principio de la jurisdicción concurrente; es decir que, cuando las controversias sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales afectaran intereses particulares, la competencia correspondía a los jueces y tribunales del orden común de los estados, del Distrito Federal y del entonces territorio de la Baja California, indistintamente.

El actual artículo 104 de la Constitución federal, con reformas publicadas los días 18 de enero de 1934, 30 de diciembre de 1946, 25 de octubre de 1967 y 8 de octubre de 1974, comprende varias instituciones, entre ellas la de la jurisdicción concurrente a la que nos hemos venido refiriendo, pudiendo utilizarse únicamente cuando solo se afecten intereses de particulares, la cual ha tenido por objeto evitar el rezago de los tribunales federales, al encomendarse a los de carácter local el conocimiento de las controversias en las cuales sólo se afecten intereses particulares, de manera potestativa, a elección del actor. De acuerdo con la práctica que se inició con la mencionada modificación de 1884, las controversias mercantiles, que en nuestro ordenamiento tienen carácter federal, se pueden someter a los jueces y tribunales locales. Fix-Zamudio continúa opinando al respecto, que en nuestro sistema, por estar de acuerdo con el modelo norteamericano, en donde encontramos dos órdenes de tribunales - los federales y los locales - resulta lógico que a los de carácter federal corresponda la competencia para resolver los conflictos derivados de la aplicación de las leyes de carácter también federal, así como de los tratados internacionales. Fix-Zamudio, Héctor, **"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada"**, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985, pp. 245.

⁵³⁸ El art. 133 de la Constitución se encuentra relacionado con el art. 15 *in fine* de dicho ordenamiento, que en su parte conducente dice: "No se autoriza la celebración de tratados para ...; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

5.2.2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.

En el Código Civil se deben analizar, primordialmente, dos cuestiones relacionadas con el arbitraje: la capacidad de las partes, la cual debe ser suficiente para comprometerse en árbitros y las disposiciones relativas a la teoría general de las obligaciones.

En cuanto a personas físicas, debemos tomar en consideración lo establecido por los siguientes artículos del C. Civil, los cuales guardan estrecha relación con los artículos 3 y 5 del C. Com.:⁵³⁹

“Art. 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

“Art. 23. La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones de la personalidad jurídica, que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

“Art. 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

“Art. 1798. Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”

“Art. 1799. La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.”

Tanto los artículos antes transcritos, como los del C. Com. citados, regulan la capacidad de goce y de ejercicio que tienen las personas físicas que pretenden sujetar sus controversias a arbitraje. Es decir, se limita la posibilidad de recurrir a este mecanismo a "comerciantes", un grupo determinado de personas, que deben tener capacidad de ejercicio para contratar y obligarse. Igualmente, los firmantes de la cláusula arbitral pueden estar representados de conformidad con lo establecido por los artículos 1800 y demás del C. Civil.

Por su parte, las personas morales o jurídicas, requieren una representación, la cual debe estar de acuerdo con lo establecido con los artículos 2554 y 2587 fracción III del C. Civil.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Véase la transcripción de estos artículos en supra pp. __

⁵⁴⁰ Véase supra pp. __

El acuerdo arbitral, como todo contrato, se encuentra regulado por lo establecido por los siguientes artículos, todos ellos del C. Civil:

“Art. 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, o extinguir obligaciones.”

“Art. 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

*“Art. 1794. Para la existencia del contrato se requiere:
Consentimiento;
Objeto que pueda ser materia del contrato.”*

*“Art. 1795. El contrato puede ser invalidado:
Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
Por vicios del consentimiento;
Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”*

“Art. 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”

Recordemos que en el caso del acuerdo arbitral y según la legislación arbitral internacional, la forma que se solicita es que sea por escrito.

“Art. 1797: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

En síntesis, tanto en materias de capacidad de las partes como en lo relativo a cuestiones generales de la teoría de las obligaciones que resultan aplicables al arbitraje, al cual acuerdo arbitral y a las personas que deciden o convienen la utilización de este medio de solución de controversias, están respaldadas por un marco jurídico suficiente y probado que constituye una sólida garantía.

5.2.3. CODIGO DE COMERCIO.

Afortunadamente el derecho mercantil en México ha sido considerado materia federal y no estatal como ocurre en los Estados Unidos de América, lo que evita problemas de uniformidad en el derecho.⁵⁴¹ Es importante conocer a fondo la *lex arbitri* mexicana pues, como ya se ha mencionado en varias ocasiones, será derecho supletorio en caso de que México sea designado lugar o sede del arbitraje.

⁵⁴¹ Véase art. 124 Constitucional.

En el Libro Quinto, Título I, Capítulo I del C. Com., relativo a los juicios mercantiles, se incluye el principio general que permite a las partes resolver sus controversias mediante un procedimiento arbitral que previamente hayan acordado. En este sentido, el art. 1051 de dicho ordenamiento prevé que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales, que se rige por lo dispuesto en los arts. 1052 y 1053 del C. Com., o un procedimiento arbitral que, en su caso, quedará sujeto a las disposiciones del Título Cuarto del mismo Libro Quinto de dicho ordenamiento.

Anteriormente, el arbitraje en el derecho positivo mexicano, se encontraba regulado en el Libro Quinto, Título Cuarto del C. Com. (del artículo 1415 a 1437).⁵⁴² Con posterioridad y dentro del proceso de adecuación y modernización legislativa que ha sufrido la normatividad referida a diversos aspectos comerciales, el C. Com. fue reformado mediante decreto publicado el 22 de julio de 1993, quedando desde entonces la legislación arbitral mexicana en vigor.⁵⁴³

⁵⁴² Este ya reformado Título Cuarto, fue adicionado por decreto publicado en el DOF el día 4 de enero de 1989. Los artículos 1415 a 1500 del texto original, que integraron el anterior Título Cuarto denominado "Del procedimiento especial de quiebras", fueron derogados por el artículo 3o. de las disposiciones generales de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos vigente, publicada en el DOF el día 20 de abril de 1943.

⁵⁴³ Con la finalidad de comparar la legislación actual con la anterior, a continuación se menciona un breve resumen de los artículos 1415 a 1437, que aunque ya no están en vigor, reflejan el nivel de derecho arbitral mexicano de hace solo algunos años: así bien, se establecía que, en cuanto al primer paso para acudir al arbitraje, solamente las personas capaces podían comprometerse en arbitraje, y la posibilidad de que los comerciantes pudieran celebrar dicho acuerdo en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente. Dicho acuerdo tenía como formalidad el constar por escrito y contener: (i) el negocio o negocios que serían sometidos a juicio arbitral; (ii) el nombre del o de los árbitros o el procedimiento para su designación, el cual podía ser hecho por un tercero, siendo generalmente una institución administradora de arbitraje o un juez, siendo el juez competente el de prima instancia en jurisdicción concurrente del lugar del arbitraje. Durante el plazo del arbitraje el nombramiento de los árbitros no podía ser revocado sino con el consentimiento unánime de las partes.

Entre otras cosas, en dicho acuerdo las partes podían convenir: (i) el número de árbitros; (ii) el lugar del arbitraje; (iii) el idioma o idiomas que debían utilizarse en las actuaciones, pero en juicios que se ventilaran en el territorio nacional, necesariamente se usaría el español, sin perjuicio de otro, (lo anterior representaba una limitación muy importante al arbitraje comercial internacional); (iv) renunciar al recurso de apelación, y; (v) cualquier otra estipulación que estimaren conveniente, incluyendo las normas que habrían de aplicarse en cuanto al fondo y al procedimiento.

Es importante hacer notar que el C. Com. consideraba el hecho de que el acuerdo arbitral produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si encontrándose vigente se promueve el negocio ante un tribunal ordinario.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico aquí analizado, el acuerdo arbitral sería válido aun cuando no se hubiere establecido el término del juicio arbitral, pero en este caso, dicho término sería de sesenta días hábiles, contándose el plazo desde la iniciación del procedimiento arbitral.

Posterior a la celebración del acuerdo arbitral se iniciaban las labores del árbitro. Seguido a esto, venía el período de pruebas y alegatos, respecto a los cuales siempre estaban obligados los árbitros a recibir las primeras y oír los segundos, si cualquiera de las partes lo pidiera. El arbitraje terminaba: (i) por muerte del árbitro elegido en el compromiso o en la cláusula compromisoria, si no se hubiese designado sustituto o si en un plazo de treinta días naturales no se pusieren de acuerdo en uno nuevo o no se hubiese previsto procedimiento para sustituirlo. En caso de que no hubieren las partes designado al árbitro, sino por intervención judicial, el compromiso no se extinguiría y se proveía al nombramiento de sustituto en la misma forma que para el primero; (ii) por excusa del árbitro o árbitros designados por las partes, por causa justificada que les impidiera

En general, las deficiencias del C. Com., antes de su reforma, eran las siguientes:

1. El lenguaje utilizado en el C. Com. estaba enfocado a un arbitraje nacional, sin tomar en cuenta el utilizado en los documentos de carácter internacional; es decir, era un texto previsto para el arbitraje nacional que se quería aprovechar para el internacional. Es necesario recordar que cuando se está dentro del terreno del derecho mercantil internacional, debe apartarse de la legislación nacional y de su terminología, la cual puede variar de un sistema jurídico a otro.⁵⁴⁴ Se debía buscar la uniformidad de lenguaje con todas las legislaciones que regulen esta materia.

Así pues, tenemos como ejemplo que en el texto del C. Com. se utilizaba la palabra árbitro o árbitros, considerando al tribunal arbitral como aquél formado por dos o más árbitros, sin tomar en cuenta que tal tribunal es un órgano que puede estar formado por un solo árbitro. Creemos que lo correcto es que la ley se refiera al

desempeñar su oficio si las partes en un plazo de treinta días naturales, no se hubieran puesto de acuerdo en la designación de uno nuevo; en caso de que la excusa hubiera sido presentada por el árbitro designado con intervención judicial, se proveya al nombramiento del sustituto en la misma forma que para el primero. Si el árbitro designado en segundo término se hubiera excusado del conocimiento del asunto, por causa justificada, el compromiso se entendía extinguido; (iii) por recusación, con causa declarada procedente cuando el árbitro hubiere sido designado por segunda vez por el juez, pues al nombramiento de común acuerdo no se le podía recusar; (iv) por nombramiento recaído en el árbitro designado por las partes para el desempeño por más de tres meses, de cualquier cargo de la administración de justicia, que impidiera de hecho o de derecho la función de arbitraje. En caso de árbitro designado por el juez, se proveía de una nueva designación, y; (v) por la expiración del plazo a que se refería el artículo 1419, salvo que las partes hubieren convenido expresamente prorrogarlo. Si posterior al inicio del procedimiento las partes llegaban a un acuerdo para solucionar el conflicto, es decir, una transacción, el árbitro (tribunal arbitral) le daría efectos de laudo definitivo.

El C. Com. establecía que el laudo arbitral debía ser firmado por todos los árbitros, pero en caso de haber más de dos, si la minoría rehusare hacerlo, los otros lo harían constar y dicho laudo tendría el mismo efecto que si hubiese sido firmado por todos. Relativo a la decisión del tribunal arbitral que pone fin a la controversia, la ley establecía la posibilidad de que fuera fundada en reglas de derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula se les encomendare la amigable composición o el fallo en conciencia; es decir, consideraba la posibilidad del arbitraje en derecho y en equidad.

Los árbitros, para poder resolver el negocio principal, debían resolver los incidentes que se presentaran durante el procedimiento. Igualmente debían conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvencción, sino en el caso en que se opusiera como compensación hasta la cantidad que importare la demanda, o cuando así se hubiere pactado expresamente. Finalmente, dentro de la última etapa del arbitraje relativa a la ejecución del laudo arbitral, la ley establecía que una vez que fuese notificado dicho laudo, se debían pasar los autos al juez de primera instancia para tales efectos, a no ser que las partes pidieren la aclaración de dicho laudo.

En cuanto a la supletoriedad del C. Com. en materia de arbitraje, el mismo establecía que las disposiciones de este Código se aplicarían en los arbitrajes nacionales y en los internacionales, salvo lo previsto por los convenios y tratados internacionales en que México fuese parte. Si el arbitraje se llevaba a cabo en México, a falta de acuerdo expreso de las partes y de las reglas del procedimiento acordadas por éstas, se observaban las disposiciones del C. Com., o en su defecto del Código de Procedimientos Civiles de la entidad federativa donde se realizaba el arbitraje, salvo que las leyes mercantiles establecieran un procedimiento especial. Tratándose de la ejecución de los laudos extranjeros, salvo lo establecido en los tratados y convenios de los que México fuese parte, se aplicaban las disposiciones del C. Com. o por lo previsto en el acuerdo de arbitraje y en el Código de Procedimientos local respectivo, aplicándose supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵⁴⁴ El artículo 1435 se refería a las costas, daños y perjuicios, conceptos que pueden entenderse de diversas formas en los distintos sistemas jurídicos.

órgano que va a conocer y resolver la controversia, como tribunal arbitral, independientemente de que esté formado por uno o más árbitros.

2. No existía un orden cronológico dentro de las etapas del procedimiento regulado por los artículos del C. Com., ya que empezaba refiriéndose al acuerdo arbitral, continuando con el procedimiento y, posteriormente regresaba, en algunos aspectos, al acuerdo arbitral.
3. En algunos artículos se trataban materias que con anterioridad habían sido consideradas en otros dispositivos.⁵⁴⁵
4. La ley no establecía las bases fundamentales para introducir al lector a la materia del arbitraje; como pueden ser, conceptos fundamentales sobre qué es el arbitraje, y los distintos tipos de arbitrajes y de laudos.⁵⁴⁶
5. El C. Com. otorgaba muy pocas facultades al árbitro (tribunal arbitral), quien a nuestro parecer debería contar con menos limitaciones en su actuar.⁵⁴⁷
6. En algunas disposiciones la ley no otorgaba importancia suficiente a la voluntad de las partes de acudir al arbitraje como un medio para solucionar sus controversias.
7. En general, el C. Com. era un ordenamiento poco adecuado para ser utilizado en asuntos arbitrales. Esto se demuestra por la gran supletoriedad que tenía la ley, remitiendo a la materia civil; lo cual, impedía la independencia suficiente para considerarla competitiva ante los asuntos comerciales internacionales.

Regresando al tema de la nueva ley arbitral mexicana; en 1989 se realizaron las primeras reformas substanciales al C. Com.⁵⁴⁸ Sin embargo, dichas reformas fueron tímidas e insuficientes, siendo necesario reconocer que hacía falta un cambio legislativo drástico en materia de arbitraje comercial internacional en el derecho mexicano. Tal necesidad fue materializada por el poder legislativo, ya que el 31 de mayo de 1993, el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Lic. Carlos Salinas de Gortari, presentó ante el Congreso

⁵⁴⁵ El artículo 1417 se refería al acuerdo arbitral, el cual debía contener el nombre del o de los árbitros o el procedimiento para su designación, lo cual también estaba contemplado por el artículo 1423-I.

⁵⁴⁶ El artículo 1421 hacía referencia al arbitraje nacional e internacional, pero no especificaba cuándo estábamos en presencia de uno y cuándo en presencia del otro.

⁵⁴⁷ Por ejemplo, de la interpretación al artículo 1424, que decía: "Los árbitros estarán siempre obligados a recibir pruebas y a oír alegatos, si cualquiera de las partes lo pidiera. ...", se puede concluir que el árbitro no tenía la facultad de solicitar determinada prueba, lo cual es de mucha trascendencia en el procedimiento. Se debían establecer las facultades de los árbitros, o mejor aún, únicamente las limitaciones en su actuar. Al respecto, tenemos el Reglamento de la CCI que establece "el acta de términos de referencia", en donde se deben señalar las limitaciones o el marco dentro del cual va a actuar dicho tribunal. Por otro lado tenemos a las audiencias o conferencias previas a las actuaciones. Véase supra pp. 111 y 153.

⁵⁴⁸ La reforma de 1989 fue el resultado de varios proyectos que fueron preparados y discutidos en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con la participación de diversos juristas, entre ellos José María Abascal, José Luis Siqueiros, Humberto Briseño Sierra, Jorge Barrera Graf, Miguel I. Estrada Sámano, Fernando Vázquez Pando, Claus Von Wobeser y otros. Véase supra nota al pie No. 309.

de la Unión una iniciativa para reformar el C. Com. y el Código Federal de Procedimientos Civiles,⁵⁴⁹ la cual fue aprobada y publicada en el DOF el 22 de julio del mismo año.⁵⁵⁰

Dicha reforma se fundamentó en la necesidad de consolidar la apertura hacia el exterior, ya que el panorama internacional de la época actual, delinea el que se desarrollará en el futuro cercano. México está atento a los avances en la integración, y debe adecuar sus acciones a las nuevas realidades, tomando medidas de modernización que le permitan estar más preparado para competir internacionalmente e interactuar con mayor eficacia en un mundo cada vez más abierto.⁵⁵¹ Igualmente, la iniciativa hace referencia a que los tratados internacionales celebrados por nuestro país, y los que están en vías de celebrarse, hacen necesario para su mejor aprovechamiento, que se proceda también a la actualización de las leyes comerciales, sobre todo las relativas a la contratación privada.

Las reformas a los ordenamientos de derecho mexicano arbitral están enfocadas a la adopción de una legislación moderna en la materia; es decir, la Ley Modelo de la CNUDMI,⁵⁵² en la cual se regulan todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo arbitral, hasta el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

¿Por qué conviene a México adoptar la Ley Modelo dentro de su legislación nacional?

A México le conviene la adopción de la Ley Modelo, como a cualquier país del mundo, ya que al negociar un contrato mercantil internacional o la manera de solucionar una controversia de esta naturaleza, es más fácil y más confiable para las partes saber que la legislación aplicable es de aceptación internacional, eliminándose así temores y suspicacias, y evitándose la necesidad de estudiar una ley específica. Este beneficio se presenta cuando se propone como lugar del arbitraje un lugar en donde la ley de arbitraje corresponde a la Ley Modelo.

⁵⁴⁹ Dicha iniciativa la presentó el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos al Congreso de la Unión con fundamento en el artículo 71-I de la Constitución, para cumplir con todo el procedimiento establecido en el artículo 72 de tal ordenamiento.

⁵⁵⁰ Para la reforma de 1993, la Comisión de la Secretaría de Relaciones Exteriores estuvo formada por José María Abascal Zamora, Fernando A. Vázquez Pando, Leonel Pereznieta, María Elena Mancilla, Alejandro Ogarrio, José Luis Siqueiros, Víctor Carlos García Moreno y Jorge Sánchez Cordero. Luego ese proyecto lo revisaron en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Guillermo Aguilar Alvarez y José María Abascal Zamora.

⁵⁵¹ México, en los últimos tiempos, ha demostrado una adecuación legislativa a la apertura comercial, lo cual se demuestra con la adopción de algunos instrumentos de esta naturaleza, tales como: i) la Convención de Nueva York; ii) la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; iii) la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías y su Protocolo de Enmiendas, y; iv) la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, entre otros.

⁵⁵² Véase supra p. 129.

Por otro lado, y de acuerdo con lo que opina José María Abascal,⁵⁵³ precursor de la reforma, podemos mencionar los siguientes motivos que tendría México para adoptar la Ley Modelo dentro de su legislación doméstica:

1. La Ley Modelo, como una ley aceptada internacionalmente, pone solución a los problemas más comunes que surgen en la contratación comercial internacional, los cuales son los siguientes:
 - a) Cada parte contratante prefiere que se aplique su derecho doméstico y que se escojan sus tribunales nacionales.
 - b) En ausencia de estipulación entre las partes, es frecuente la incertidumbre acerca de cuál será el foro que asuma competencia. No es raro que las reglas de competencia otorguen ésta a los tribunales de los diferentes países involucrados; e, incluso, a los de un país tercero.
 - c) Igualmente es frecuente la incertidumbre acerca del derecho aplicable.
 - d) Cuando un tribunal judicial doméstico no aplica su derecho, la dificultad para probar, conocer e interpretar el derecho extranjero, es casi insuperable. Las partes sólo podrán aportar al juez elementos para el conocimiento de determinadas reglas de ese derecho extranjero, toda vez que será muy difícil que el juez domine un sistema extraño.
 - e) Aun suponiendo que se superen todos los problemas anteriores, las leyes domésticas y la organización de los tribunales nacionales nacieron para resolver problemas nacionales y son inadecuados para el comercio internacional. A los jueces nacionales les falta la visión internacional que es natural en los árbitros, que se seleccionen *ex profeso* según el caso determinado de que se trate.
 - f) Por último, es fundada la desconfianza en los medios internacionales acerca de la posibilidad de ejecutar las sentencias extranjeras.
2. La Ley Modelo regula, como ya lo mencionamos con anterioridad, todas las etapas del procedimiento arbitral, empezando por el acuerdo arbitral, el cual, además de ser la base de todo el procedimiento, pone fin a todos los problemas antes mencionados.⁵⁵⁴
3. La Ley Modelo es el producto de la negociación universal en el seno de las Naciones Unidas. Además, en su elaboración se tomaron en cuenta las siguientes fuentes, lo que la hace una buena recopilación legislativa en materia de arbitraje comercial internacional: (i) el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; (ii) la Convención de Nueva York de 1958 y otras convenciones sobre arbitraje vigentes; (iii) la

⁵⁵³ Abascal, José María, "Por qué Conviene a México la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional", **Memorándum** elaborado para la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1991.

⁵⁵⁴ Véase supra p. 91.

Jurisprudencia arbitral generada en las últimas décadas; (iv) las más importantes leyes nacionales de arbitraje en vigor, y; (v) las aportaciones de las instituciones de arbitraje que participaron como observadores.

Lo anterior, demuestra que la Ley Modelo tuvo como inspiración muchos ordenamientos legislativos de carácter universal, lo que se traduce en la principal virtud de dicha Ley; su reconocimiento internacional, o sea, la adecuación a los sistemas políticos, jurídicos y económicos de las diversas regiones del globo.⁵⁵⁵ Por otro lado, desde el punto de vista mexicano, según la iniciativa de la reforma antes mencionada, nuestro país participó activamente en la elaboración del mencionado cuerpo legislativo, de modo que las necesidades y peculiaridades de nuestras leyes y tradiciones fueron tomadas en cuenta al momento de su elaboración.

4. Puede existir la tentación de "adaptarla" o de "mejorarla". No es aconsejable, pues la virtud de la Ley Modelo es su internacionalidad. Cualquier desviación puede ser peligrosa.

Como resultado del cambio legislativo de fecha 22 de julio de 1993, se reformó en su totalidad, el Título Cuarto del C. Com., al cual se denominó "Del Arbitraje Comercial", que abarca los artículos 1415 a 1463 y se divide en nueve capítulos.

El capítulo I denominado "Disposiciones Generales" considera el ámbito de aplicación de la ley, el cual abarca al arbitraje comercial nacional⁵⁵⁶ y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.⁵⁵⁷ Por otro lado establece y define conceptos básicos en la materia del arbitraje, tales como: acuerdo de arbitraje (obviamente comprende tanto a la cláusula arbitral como al compromiso arbitral), arbitraje (incluye el arbitraje comercial *ad-hoc* y el institucional), arbitraje internacional,⁵⁵⁸ costas, gastos y honorarios,⁵⁵⁹ así como tribunal arbitral; y precisa reglas relativas a la interpretación de los preceptos contenidos en la ley y a la notificación y cómputo de plazos.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Véase supra nota al pie No. 219.

⁵⁵⁶ La ley modelo solo consideran el ámbito de aplicación en los arbitrajes internacionales y, los legisladores mexicanos, acertadamente ampliaron dicho ámbito a los arbitrajes nacionales.

⁵⁵⁷ Aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio mexicano, se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 1424, 1425, 1461, 1462 y 1463 del C. Com. Véase art. 1415 del C. Com.

⁵⁵⁸ Al efecto, podemos hacer notar que el inciso C) de la Ley Modelo que dice que un arbitraje es internacional si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo está relacionada con más de un Estado, no se incluye dentro de la reformas al C. Com. Esto parece justificado, si la finalidad fue que no se evadieran disposiciones legales. Véase supra nota al pie No. 165.

⁵⁵⁹ La ley modelo no contempla las costas, ni la definición de dicho concepto.

⁵⁶⁰ La reforma abarca en su artículo 1419 una regla relativa al momento en que empieza a correr el cómputo de los plazos, lo que no es materia de contempla la Ley Modelo; a nuestro parecer, es una carencia de dicho instrumento internacional.

Por último, este capítulo establece la renuncia al derecho de impugnar;⁵⁶¹ y en caso de requerirse intervención judicial durante el procedimiento o después de él, se prevé la competencia del juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje; o bien, cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, del juez de primera instancia federal o del orden común competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.⁵⁶²

El capítulo II de la reforma, relativo al "acuerdo arbitral", regula la forma en que debe constar dicho acuerdo; es decir, por escrito⁵⁶³ y en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicaciones, como pueden ser un escrito de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra;⁵⁶⁴ así como la incompetencia del juez en caso de que se someta ante él un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, en el momento en que lo solicite cualquiera de las partes,⁵⁶⁵ salvo que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Admite también, contempla la posibilidad de solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales, ya sea con anterioridad a las actuaciones o durante su transcurso.

El capítulo III denominado "composición del tribunal arbitral", deja a las partes fijar libremente tanto el número de árbitros como el procedimiento para su designación. Se prevé que a falta de acuerdo de las partes en el número de árbitros sea uno solo,⁵⁶⁶ y a falta de acuerdo de las partes, la designación sea realizada por un juez,⁵⁶⁷ quien en todo caso, tomará debidamente en cuenta las condiciones requeridas estipuladas en el acuerdo entre las

⁵⁶¹ La reforma establece que si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar. Véase art. 1420 del C. Com.

⁵⁶² Es necesario recordar que en esta materia los jueces de primera instancia federal son los jueces de distrito en materia civil y los juzgados de lo civil del fuero común son los de primera instancia local. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido por el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y sus correlativos en las legislaciones estatales. Para jurisdicción concurrente, véase supra nota al pie No. 306.

⁵⁶³ Nuestra legislación interna anterior (artículo 1052 del C. Com.) requería en los casos de arbitraje nacional, la formalidad de escritura pública ante notario o póliza ante corredor; o bien, en convenio judicial, cuando se tratara de compromiso arbitral; y si estuviera en presencia de una cláusula arbitral, se podía otorgar en escritura privada o pública (artículo 220 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, CPCDF).

⁵⁶⁴ La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

⁵⁶⁵ Al respecto, podemos comentar que no estamos totalmente de acuerdo con esta disposición, pues de la lectura se desprende que un juez a quien se someta la solución de una controversia, donde exista un acuerdo arbitral, si no es mediante petición de alguna de las partes, el juez no podría promover la cuestión de su competencia por inhibitoria, tal como lo establece el artículo 1114 del C. Com. Por otro lado, la Ley Modelo establece que dicha solicitud deberá realizarse, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio; es decir, la contestación de la demanda, momento en el cual se fija la *litis* y el fondo del asunto. La reforma en cuestión no establece esta limitación, lo cual consideramos benéfico, pues de otra forma y posteriormente a la contestación de la demanda ya no se podría solicitar al juez que se declarara incompetente.

⁵⁶⁶ La Ley Modelo establece que a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros serán tres, lo cual, aunque puede servir en la neutralidad e imparcialidad de la resolución, puede ser muy costoso para las partes, si el valor del negocio no lo justifica.

partes y adoptará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial, sin que la nacionalidad de la persona sea un obstáculo para su designación. Por otro lado, establece las causas y procedimiento de recusación de los árbitros, caso en el cual se nombrará un sustituto conforme al mismo procedimiento que se utilizó para designar al que se va a sustituir.

El capítulo IV, relativo a la "competencia del tribunal arbitral", establece la facultad de dicho órgano incluso para decidir sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral. Prevé asimismo la independencia de la cláusula compromisoria con respecto del contrato en el que esté inserta. Igualmente regula las excepciones de incompetencia del tribunal arbitral y la utilizada cuando el tribunal arbitral se excedió de su mandato, así como la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares y garantías a las mismas.

El capítulo V denominado "substanciación de las actuaciones arbitrales", tiene su base fundamental en el principio de igualdad de las partes, dando a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.⁵⁶⁷ Otorga completa libertad a las partes en la elección del procedimiento, al cual se debe ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones;⁵⁶⁹ así como libertad para elegir el idioma y el lugar del arbitraje y, en caso de falta de pacto, la decisión es tomada por el tribunal arbitral.⁵⁷⁰ Se aclara el hecho de que la designación de

⁵⁶⁷ Tanto la Ley Modelo como la reforma establecen que toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez, relativa al nombramiento del o de los árbitros serán inapelables. Al respecto, debemos considerar que el derecho positivo mexicano admite la figura del amparo, la cual podría ser usada en este caso.

⁵⁶⁸ Las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

⁵⁶⁹ En caso de que las partes no establezcan un procedimiento a seguir, la reforma prevé que el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Dicha facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. La ley permite, y es lo recomendable, el acuerdo ulterior de las partes respecto del procedimiento.

Es importante hablar un poco sobre la supletoriedad que se debe seguir, ya que procesalmente, el tribunal arbitral tiene la facultad de dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, según el artículo 1435 de la reforma, a raíz de lo que dispone el artículo 1446 que otorga la facultad al presidente del tribunal arbitral para decidir sobre cuestiones de procedimiento. De lo anterior, podemos concluir que, en el supuesto de que exista un acuerdo arbitral incompleto para llevar a cabo todo el procedimiento de manera adecuada, se aplicaría lo que establece el C. Com. adicionado y, en caso de que no se encuentre en este ordenamiento alguna parte del procedimiento, será el tribunal arbitral quien decida la manera de desahogar esa parte del procedimiento. En otros artículos de la misma reforma (1460 y 1463) se prevé la aplicación supletoria del CFPC de manera expresa, tratándose de los procedimientos de nulidad y de reconocimientos o ejecución de laudos arbitrales, respectivamente.

Desde nuestro punto de vista, las reglas de supletoriedad en esta materia son claras en cuanto dejan a la voluntad de las partes el establecimiento de las reglas de procedimiento aplicables; sin embargo, en cuanto a la aplicación supletoria de un código procesal específico, a nuestro juicio, en los supuestos en los que así proceda, debiera aplicarse el CFPC. Parece ser que las recientes modificaciones al C. Com., se inclinan ya por aplicar en términos generales el CFPC, ya que de manera expresa se amplían las facultades del tribunal arbitral para resolver los problemas de procedimientos que se presenten, siempre y cuando no exista acuerdo en contrario de las partes involucradas. A mayor abundamiento, existe el precedente de que las referidas reformas fueron enfocadas solamente al C. Com. y al CFPC, sin que se tenga conocimiento de posibles reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni de códigos procesales en algún Estado de la federación.

⁵⁷⁰ La iniciativa de la reforma consideraba que los arbitrajes nacionales debían ser en el idioma español, lo cual no se incluyó en la reforma, pues indudablemente era una importante limitación al arbitraje. Véase art. 1438 de la iniciativa y de la reforma.

determinado lugar que será sede del arbitraje, no limita al tribunal arbitral, ni a las partes, para reunirse en otro lugar, u oír testigos, peritos o examinar mercancías y otros bienes.

Como todo procedimiento, según la reforma, el primer paso en el arbitraje se da con la presentación de una demanda en donde la parte actora expresará los hechos, puntos controvertidos y las prestaciones que reclama; y el demandado, en su contestación, deberá referirse a todo lo planteado en la demanda, a menos que se hubiere acordado otra cosa al respecto, dejándose abierta la posibilidad de ampliarse la demanda y la contestación a la misma. Para contribuir con la celeridad del procedimiento, se establece la obligación para las partes de aportar, desde el momento de la formulación de sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes con que cuenten; o bien, hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Por lo que toca a la audiencia de pruebas y alegatos, salvo acuerdo en contrario por las partes, se deja al tribunal decidir sobre si éstas deban celebrarse o si las actuaciones se deben substanciar sobre la base de documentos y demás pruebas. El tribunal arbitral tiene la obligación, en caso de llevarse a cabo la audiencia de pruebas y alegatos, de notificar con tiempo a las partes la celebración de esa audiencia, así como de las reuniones del tribunal para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

La reforma, regula igualmente el caso de la rebeldía de alguna de las partes,⁵⁷¹ y de la posibilidad de que el tribunal designe peritos que le informen sobre materias concretas, así como para solicitar a cualquiera de las partes que proporcione a los peritos toda la información pertinente. Dichos peritos participan en las audiencias posteriores para la presentación de sus dictámenes. Asimismo, se prevé la posibilidad de que el tribunal arbitral, o cualquiera de las partes, pueda solicitar la asistencia de un juez competente para el desahogo de pruebas.

El capítulo VI denominado "pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones" se refiere, en un principio, a que el laudo será dictado de conformidad con el derecho que las partes eligieron,⁵⁷² o de acuerdo a la conciencia del tribunal arbitral, cuando se trata de un arbitraje en equidad. Igualmente debe tomar en cuenta en su resolución las estipulaciones del convenio y los usos mercantiles aplicables al caso.

Cuando el tribunal arbitral está integrado por más de un árbitro, todas las decisiones serán tomadas por mayoría de votos de todos los miembros, pudiendo decidir el presidente de dicho tribunal, cuestiones de procedimiento.

En este capítulo se regula la forma que debe revestir el laudo y la motivación que debe expresar el tribunal arbitral, a menos que se trate del resultado de una transacción entre las partes o de un arbitraje en equidad.

⁵⁷¹ Es importante hacer notar que la reforma, en caso de que el demandado no conteste la demanda, no considera esa omisión por sí misma como una aceptación de lo alegado por el actor.

⁵⁷² Establece la norma de que cuando se elige el derecho de determinado país, se están refiriendo al derecho sustantivo y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

Por último, establece y regula las causas de terminación de las actuaciones arbitrales, las cuales tienen como denominador común el tratar de resolver la controversia, lo más justamente posible y bajo un estado de igualdad; sin observar caprichos de la ley, como sucede en otras legislaciones, en las cuales no se prevé esa finalidad de resolver con justicia el problema. Dentro de este capítulo de la reforma se establece la posibilidad de que el tribunal arbitral corrija el laudo de errores de cálculo, de copia, tipográficos o de otra naturaleza similar; así como la interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo⁵⁷³ y la posibilidad de emitir un laudo adicional, en caso de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo.

Este capítulo, al igual que la Ley Modelo, no establece un término en el cual se deba dictar el laudo, lo cual consideramos es indispensable para otorgar seguridad a las partes; sin embargo, reconocemos que puede ser en ocasiones, perjudicial para las partes, según sea el caso. Es necesario que ambos ordenamientos lo prevean, bajo la calidad de prorrogable.

El capítulo VII denominado "de las costas" no se encuentra tratado en la Ley Modelo, y aunque la opinión de José María Abascal,⁵⁷⁴ es adoptar dicha ley sin ninguna adaptación, creemos que él mismo está de acuerdo en integrar esta capítulo a la legislación mexicana, con el propósito de dar seguridad y respaldo a las partes y a los árbitros.

Al respecto, la reforma plantea la posibilidad de que las partes adopten, ya sea directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, reglas relativas a un reglamento de las costas del arbitraje, a efecto de que el tribunal arbitral las fije en el laudo. En cuanto a los honorarios del tribunal arbitral, éstos serán de un monto razonable,⁵⁷⁵ tomando en cuenta el valor del negocio, la complejidad del tema, el tiempo dedicado y otras circunstancias, pudiendo consultarse al juez para que haga sus observaciones al respecto.

Las costas serán a cargo de la parte vencida; sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear dichas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, tomando en cuenta las circunstancias del caso. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o por completar su laudo.

El tribunal arbitral puede solicitar a las partes el pago de un depósito antes de empezar el procedimiento arbitral, con el objeto de garantizar los gastos, pudiendo requerir nuevos depósitos durante el procedimiento.

El capítulo VIII de la reforma, denominado "de la nulidad del laudo"⁵⁷⁶ prevé que es el juez quien tiene la capacidad para declarar dicha nulidad, la cual se substanciará incidentalmente y no será objeto de recurso alguno.⁵⁷⁷ Esto sucede cuando la parte que intente esta acción demuestre la incapacidad de alguna de las partes o la invalidez del

⁵⁷³ Tanto la Ley Modelo como la reforma, establecen la obligación de que las partes se pongan de acuerdo para solicitar esta interpretación, lo cual consideramos erróneo, ya que, en el caso de que la lectura de una parte del laudo beneficie a una de las partes, ésta no querrá solicitar la interpretación al tribunal arbitral, pues de dicha interpretación puede resultar que ya no le beneficie esa parte del laudo.

⁵⁷⁴ Véase supra p. 199.

⁵⁷⁵ Surge la duda de cómo determinar qué es un monto razonable.

⁵⁷⁶ En la Ley Modelo es el capítulo VII denominado "impugnación del laudo" el equivalente a éste, ya que dicho ordenamiento legal no considera el capítulo referente a costas, como sí lo hace la reforma.

acuerdo de arbitraje en virtud de la ley a la que las partes lo hubieren sometido; o bien, si nada se hubiese indicado al respecto, conforme a nuestra legislación. Igualmente, se puede alegar como causa de nulidad que alguna parte no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier razón acreditable, hacer valer sus derechos; o que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo arbitral; en este caso, solo serán nulas las que excedan. Por último, cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes. También será causa de nulidad que el juez compruebe que de conformidad con la ley mexicana la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público.

Es importante considerar, que tanto la Ley Modelo como la reforma a la legislación mexicana, y en general toda la legislación internacional en materia de arbitraje, solamente contemplan como único recurso contra el laudo arbitral el de nulidad, cuando no se siguió el procedimiento como debiera.

El capítulo IX denominado "reconocimiento y ejecución de los laudos",⁵⁷⁸ establece que los laudos arbitrales, cualquiera que sea el país en que hayan sido dictados, serán reconocidos como vinculantes y, después de la petición por escrito al juez por alguna de las partes, serán ejecutados de conformidad con lo establecido con la legislación mexicana. Dicho procedimiento se substanciará incidentalmente y su resolución no será objeto de recurso alguno.⁵⁷⁹ Asimismo, se establecen requisitos que se deben acompañar al solicitar el reconocimiento de ejecución, y los casos en que el juez puede denegar el reconocimiento.⁵⁸⁰

Sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero, hemos que recordar que en nuestro derecho interno tenemos a la Convención de Nueva York de 1958, mencionada con anterioridad en el presente trabajo, y que regula este tema.

Podemos concluir que los puntos que difieren entre la Ley Modelo y la reforma mexicana, son los siguientes:

1. La reforma no sigue la redacción del texto de la Ley Modelo (títulos y capítulos) y se encuentra dentro del C. Com.; es decir, no es un ordenamiento independiente.

⁵⁷⁷ El artículo 1460 de la reforma comprende el modo en que se substanciará este incidente, así como el que no será objeto de recurso alguno. Dicho precepto fue labor de los legisladores mexicanos, sin que lo encontremos en el texto de la Ley Modelo. Véase infra pp. ____

⁵⁷⁸ Su equivalente en la Ley Modelo es el capítulo VIII.

⁵⁷⁹ El artículo 1463 de la reforma que se refiere al modo en que se substanciará este recurso, así como al hecho de que no será objeto de recurso alguno, fue labor de los legisladores mexicanos, sin que dicho precepto lo encontremos en el texto de la Ley Modelo. Véase infra pp. ____

⁵⁸⁰ El texto de la iniciativa de reforma establecía una fracción más que el de la Ley Modelo y el publicado en el DOF, relativa a cuándo puede el juez denegar la ejecución de un laudo arbitral. Dicha fracción, la III, establece "Cuando se trate de laudos arbitrales dictados en el extranjero como consecuencia de una acción real sobre inmuebles ubicados en el territorio nacional." Esta fracción es el resultado del proteccionismo nacional que tenemos en nuestro país, el cual no lo criticamos sino que lo apoyamos.

2. La reforma establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral estará integrado por un solo miembro, a diferencia de la Ley modelo que establece tres miembros.
3. A falta de acuerdo entre las partes sobre el derecho sustantivo, la reforma establece que el tribunal arbitral lo determinará atendiendo a las circunstancias del caso y a la Ley Modelo, sujeta tal determinación a las normas conflictuales.
4. La reforma desarrolla el tema de las costas y el cómputo de plazos (cuya fuente de inspiración a los legisladores mexicanos fue el texto del Reglamento Facultativo de la CNUDMI), lo que no vemos en la Ley Modelo.
5. En los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de sentencias, la reforma establece como ordenamiento supletorio al CFPC y la Ley Modelo no hace una sujeción similar de supletoriedad.

5.2.4. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El capítulo VI denominado "ejecución de sentencias", del Título Único, del Libro Cuarto denominado "de la cooperación procesal internacional" del Código Federal de Procedimientos Civiles,⁵⁸¹ establecía el modo en que serían reconocidas y ejecutadas las sentencias, los laudos arbitrales privados y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras. Sin embargo, los legisladores mexicanos, como consecuencia de la adaptación de la legislación doméstica a los cambios jurídicos que se están dando en el derecho internacional, realizaron una reforma a dicho ordenamiento, en su parte conducente, para excluir a los laudos arbitrales privados de carácter comercial.⁵⁸² En la actualidad, como ya se ha dicho, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se encuentran regulados por el C. Com.⁵⁸³, así como por la Convención de Nueva York y la de Panamá.

El CFPC contiene preceptos relativos a la substanciación del procedimiento de nulidad del laudo arbitral y de reconocimiento y ejecución del mismo, la cual es una sustanciación incidental. El Art. 360, que regula lo anterior, dice a la letra:

“Artículo 360- Promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes por el término de tres días.

Transcurrido el mencionado término, si las partes no promovieren pruebas ni el tribunal las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes. Si se promoviere prueba, o el tribunal la estimare necesaria, se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia en la forma mencionada en el capítulo V del título primero de este libro.

⁵⁸¹ Publicado en el DOF el 24 de febrero de 1942.

⁵⁸² Se reformaron los artículos 569, primer y últimos párrafos; 570, y; 571, primer párrafo. La iniciativa de dicha reforma al Congreso de la Unión, por parte del Ejecutivo de la Federación, se realizó el 31 de mayo de 1993, y la reforma se publicó en el DOF el día 22 de julio de 1993.

⁵⁸³ Véase infra p. 195.

En cualquiera de los casos anteriores, el tribunal, dentro de los cinco días siguientes, dictará su resolución.”

Cuando se solicite la intervención del juez para ventilar este procedimiento incidental se recomienda ir al fuero común en vez de acudir al fuero federal, pues su prioridad es el amparo, aunque claro está, los dos pueden ejecutar el laudo.

5.2.5. OTRAS LEYES FEDERALES.

Dentro de la tendencia a la adecuación legislativa, de gran importancia es la mención del caso de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicano y Organismos Subsidiarios y el de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica,⁵⁸⁴ cuyos preceptos en materia de solución de controversias disponían hasta el año de 1992 la necesidad de que éstas quedaran sujetas en todos los casos a la intervención de los tribunales federales competentes.⁵⁸⁵ Durante dicho año se publicó la nueva Ley Orgánica que rige a la industria petrolera y se reformaron diversas disposiciones del ordenamiento que regula las actividades del servicio público eléctrico, y en ambos casos quedó establecido que la competencia de los tribunales federales quedaría limitada a la solución de controversias nacionales, abriendo la posibilidad de que en las que se califiquen como internacionales pueda pactarse el acuerdo arbitral, si así se estima conveniente. Indudablemente es un avance para modernizar las operaciones comerciales que realizan las entidades del gobierno federal.

Entre otros ordenamientos que contienen disposiciones relativa al arbitraje o que han sido modificados en los últimos años, para insertar esta figura jurídica, podemos mencionar los siguientes.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Véase supra nota al pie No. 165.

⁵⁸⁵ 1. Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios:

“Artículo 14. En todos los actos, convenios y contratos en que intervengan los organismos descentralizados a que esta Ley se refiere, serán aplicables las leyes federales; las controversias nacionales en que sean parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aún en los casos de controversias judiciales.”

2. Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica:

“Artículo 45. En todos los actos, convenios y contratos en que intervenga la Comisión Federal de Electricidad serán aplicables las leyes federales conducentes, y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación, quedando exceptuada de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aún en los casos de controversias judiciales.”

⁵⁸⁶ Véanse las siguientes leyes, en donde, de alguna manera, se hace referencia al arbitraje.

- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- Ley de Estímulo y Fomento al Deporte.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley de los Sistemas para Ahorro del Retiro.
- Ley del Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.
- Ley del Hospital Infantil de México “Federico Gómez”
- Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
- Ley del Instituto Nacional de Cancerología.

a. Ley Federal de Telecomunicaciones.⁵⁸⁷

Art. 6: “Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las partes puedan someterse al procedimiento arbitral en los términos de las disposiciones aplicables.”

b. Ley de Aeropuertos.⁵⁸⁸

Art. 3: “Es de jurisdicción federal todo lo relacionado con la construcción, administración, operación y explotación de aeródromos civiles.

Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que aquéllas que surjan entre particulares puedan someterse a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables

En todo caso, las autoridades que conozcan de las controversias proveerán lo necesario para que no se interrumpa la prestación del servicio público de aeropuertos..”

c. Ley de Aviación Civil.⁵⁸⁹

Art. 3: “La explotación, uso o aprovechamiento del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, es de jurisdicción federal.

Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las

-
- Ley del Seguro Social.
 - Ley a Favor de los Veteranos de la Revolución como Servidores del Estado.
 - Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
 - Ley Federal del Turismo.
 - Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
 - Ley General de Población.
 - Ley General de Sociedades Cooperativas.
 - Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.
 - Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
 - Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.
 - Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
 - Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.
 - Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones.
 - Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el Distrito Federal.
 - Ley Sobre Producción, Certificación y Comercio de Semillas.

Véanse las leyes mencionadas en supra nota al pie No. ____

⁵⁸⁷ Publicada en el DOF el 7 de junio de 1995.

⁵⁸⁸ Publicada en el DOF el 22 de diciembre de 1995.

⁵⁸⁹ Publicada en el DOF el 12 de mayo de 1995.

controversias que surjan entre particulares se sometan a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables.

....”

d. Ley de la Propiedad Industrial.⁵⁹⁰

Art. 227: “Son competentes los tribunales de la Federación para conocer de los delitos a que se refiere este capítulo, así como de las controversias mercantiles y civiles y de las medidas precautorias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley.

Cuando dichas controversias afecten sólo intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor, los tribunales del orden común, sin perjuicio de la facultad de los particulares de someterse al procedimiento de arbitraje.”

e. Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones.⁵⁹¹

Art. 16: “Los estatutos de las cámaras y confederaciones deberán contener por lo menos los siguiente:

...

IX. Procedimientos para la solución de controversias, para lo cual se insertará una cláusula que establezca la obligación de la cámara de someterse al arbitraje cuando el afiliado opte por dicho procedimiento;

....”

f. Ley Federal de Entidades Paraestatales.⁵⁹²

Art. 22: “Los directores generales de los organismos descentralizados, en lo tocante a su representación legal, sin perjuicio de las facultades que se les otorguen en otras leyes, ordenamientos o estatutos, estarán facultados expresamente para:

...

VI. Comprometer asuntos en arbitraje y celebrar transacciones;

...”

⁵⁹⁰ Publicada en el DOF el 27 de junio de 1991.

⁵⁹¹ Publicada en el DOF el 20 de diciembre de 1996.

⁵⁹² Publicada en el DOF el 14 de mayo de 1986, reformas el 24 de julio de 1992, 11 de diciembre de 1996 y 23 de enero de 1998.

- g. Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar.⁵⁹³

Art. 18: “Las partes en un conflicto intrafamiliar podrán resolver sus diferencias mediante los procedimientos:

- I. De conciliación; y*
- II. De amigable composición o arbitraje.*

Quedan exceptuadas aquellas controversias que versen sobre acciones o derechos del estado civil irredunciables o delitos que se persigan de oficio.

Dichos procedimientos estarán a cargo de las Delegaciones.”

5.2.6. TRATADOS INTERNACIONALES.

Es importante recordar que dentro de la legislación interna debemos considerar a los tratados que se han firmado en esta materia, los cuales tienen el carácter de ley suprema.⁵⁹⁴ Dichos tratados son los siguientes:

1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (Nueva York, EUA, 1958).⁵⁹⁵
2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. (Panamá, Panamá, 1975).⁵⁹⁶
3. Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. (Montevideo, Uruguay, 1979).⁵⁹⁷
4. Tratado de Libre Comercio (TLC).⁵⁹⁸

⁵⁹³ Publicada en el DOF el 9 de julio de 1996.

⁵⁹⁴ Véase supra p. 178.

⁵⁹⁵ Véase supra notas al pie Nos. 98, 115, 290 y 291.

⁵⁹⁶ Véase supra notas al pie Nos. 130 y 210.

⁵⁹⁷ Véase supra notas al pie Nos. 132 y 211.

⁵⁹⁸ Desde un punto de vista general, un tratado de libre comercio es un acuerdo entre dos o más países para eliminar barreras comerciales entre ellos, lo que permite aumentar las exportaciones, inversiones, empleos y salarios. El 12 de agosto de 1992, el Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México, Jaime Serra; el Ministro de Industria, Ciencia y Tecnología y Comercio Internacional de Canadá, Michael Wilson; y la Representante Comercial de Estados Unidos, Carla Hills, concluyeron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC son las siglas en español y en inglés son *NAFTA*). En el caso del tratado trilateral que han negociado México, Canadá y los Estados Unidos, el Presidente de México, al concluir las pláticas respectivas expresó: "El tratado es un conjunto de reglas que los tres países acordamos para vender y comprar productos y servicios en América del Norte. Se llama de libre comercio porque estas reglas definen cómo y cuándo se eliminarán las barreras al libre paso de los productos y servicios entre las tres naciones; esto es, cómo y cuándo se eliminarán los permisos, las cuotas y las licencias y, particularmente, las tarifas y aranceles; es decir, los impuestos que se cobran por importar una mercancía. También es un acuerdo que crea los mecanismos para dar solución a las diferencias que siempre surgen en las relaciones comerciales entre las

5. Múltiples Tratados Bilaterales de Inversión.⁵⁹⁹

El Tratado de Libre Comercio que han negociado México, Canadá y Estados Unidos está incrementando el intercambio comercial entre los tres países y provocará, seguramente, diferencias comerciales que requieran instancias imparciales y mecanismos adecuados para resolverlos. Dentro de los mecanismos que pueden ser utilizados, destacan la mediación y principalmente el arbitraje. Los tipos de conflictos que pueden ser objeto de estos mecanismos son, entre otros: la inversión, comercio, construcción, empleos, servicios financieros, franquicias, propiedad industrial, manufacturas, petróleo, gas, etc.

El capítulo XIX del TLC está referido de manera específica a la revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias, estableciéndose reservas por las partes que suscriben el tratado para aplicar sus disposiciones jurídicas en esta materia, así como para cambiarlas o reformarlas.

En el capítulo XX se establecen las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias de manera que, al igual que en el capítulo citado en el párrafo anterior, las partes soberanas que suscriben el documento, puedan establecer, a nivel de Secretaría de Estado, la Comisión de Libre Comercio, que cuenta con un secretariado integrado por secciones nacionales y cuyo objeto es 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 todos los comités y grupos de trabajo y conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.

En cuanto a la solución de controversias, se precisa un criterio de carácter general a efecto de que las partes procuren llegar a acuerdos sobre la interpretación y la aplicación del tratado mediante la cooperación y consultas; disponiéndose que, salvo lo dispuesto en el capítulo XIX en materia de solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias o lo establecido en el propio Tratado, las disposiciones del capítulo XX serán aplicables a la prevención o a la solución de todas las controversias que deriven de la aplicación o interpretación del Tratado mismo. Una primera fase para la solución de controversias son los procesos de consulta y de no lograrse resolver el asunto de esta manera, las partes podrán solicitar los buenos oficios, la conciliación y mediación de la

naciones", *"Mensaje del Presidente Carlos Salinas de Gortari a la Nación con Motivo del Tratado de Libre Comercio"*, Los Pinos 12 de agosto de 1992, SECOFI, **Documento Informativo**. Fundamentalmente, pueden señalarse como objetivos del Tratado, los siguientes: eliminar barreras al comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias, así como fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral. Los países miembros del TLC lograrán estos objetivos mediante el cumplimiento de los principios y reglas del Tratado, como los del trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia en los procedimientos. Véase texto del Tratado en folleto publicado por la SECOFI, y **"Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio"**, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1992.

⁵⁹⁹ Es importante considerar la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el DOF el día 2 de enero de 1992. Dicha ley establece el marco jurídico de los tratados y los acuerdos interinstitucionales. La ley busca garantizar una política exterior unitaria al exigir que la integración de nuestro país al nuevo contexto internacional, se efectúe con orden y coordinación. Véase Solana, Fernando, *"Ley de Tratados"*, **Documento de la Secretaría de Relaciones Exteriores**, México, 1992.

Comisión del Libre Comercio, dentro de los plazos que se señalan en el documento. En el supuesto de que la participación de la citada Comisión no provoque la solución del asunto, podrá integrarse un panel arbitral con la participación de árbitros previamente registrados que deben reunir cualidades predeterminadas, para resolver la controversia siguiendo las reglas modelo de procedimiento que establezca la propia Comisión con la posibilidad de que en el proceso intervengan expertos o Comités de Revisión Científica.

Todo lo dicho anteriormente respecto del TLC ha sido sobre la resolución de conflictos entre los estados partes, es decir, actuando como entes soberanos. En contraposición, la Sección "C" de dicho capítulo XX establece los procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas,⁶⁰⁰ cuyos puntos más destacados se encuentran regulados por el siguiente artículo:

Artículo 2022. Medios alternativos para la solución de controversias.

- 1. En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.*
- 2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.*
- 3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.*
- 4. La Comisión establecerá un Comité Consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio."*

Al respecto, comentamos que México ha tomado algunas medidas convenientes para el cumplimiento de los compromisos asumidos, como puede verse de las reformas ya comentadas al C. Com. y al Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la adopción de las Convenciones internacionales en la materia. Sin embargo, nuestra opinión es que ha sido muy escasa la intervención del gobierno mexicano para promover al arbitraje y mucho menos para otros medios de solución de controversias como es la mediación.

⁶⁰⁰ Para las diferencias principales entre arbitrajes públicos y privados, véase supra pp. ____

El trabajo conjunto de los tres países miembros de este tratado ha dado como resultado la creación del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) el cual estamos seguros será una institución indispensable para la evolución de la relación comercial entre los países miembros del TLC.⁶⁰¹

5.3. NECESIDAD DE ADAPTAR EL SISTEMA OPERATIVO MEXICANO AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

El arbitraje comercial internacional ha probado su utilidad para resolver los innumerables problemas que representa el derecho conflictual como solución tradicional en el derecho internacional privado utilizada en los conflictos comerciales internacionales, cuyo método consiste en escoger a cuál o cuáles sistemas domésticos se debe recurrir para determinar la ley aplicable y el foro. Estos sistemas tradicionales, por lo general, son nacionalistas, y ello se traduce en un obstáculo importante para desarrollar el tráfico internacional contemporáneo.

José Luis Siqueiros opina que, “existen motivos que pudieran explicar por qué el arbitraje comercial, aún en la actualidad, no se practica en Latinoamérica con el mismo fervor que en otras áreas, principalmente aquéllas con una tradición jurídica distinta, por ejemplo, Estados Unidos, Canadá y la región del Caribe. Dichos motivos giran en torno al desconocimiento de la institución, a la falta de imperio de los árbitros, a la dificultad para dar ejecución a laudos dictados en el extranjero, a la mayor familiarización con los sistemas internos y muchas veces, también, al celo de jueces y abogados para acudir a un procedimiento que consideran “rival” a sus competencias y clientela.”⁶⁰²

Siqueiros continúa opinando que “debemos abrigar la esperanza de que las naciones renuentes pronto se incorporarán a la “familia del arbitraje” en el hemisferio occidental.”⁶⁰³

Compartimos plenamente la opinión de la máxima autoridad mexicana en materia arbitral mexicana y creemos que dicha incorporación a la familia del arbitraje, como él lo menciona a este grupo de países que participan activamente en este mecanismo, debe ser inmediata, pues de lo contrario se verá demeritado el crecimiento económico y comercial internacional que México y el resto de los países latinoamericanos han registrado en los últimos años.

Sin duda ha sido positiva la reforma al C. Com. en materia de derecho arbitral, encaminada a la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI. Sin embargo, debemos seguir observando los adelantos legislativos en materia arbitral que ocurren alrededor del mundo, como es el caso de la ley china⁶⁰⁴ que establece que la HKIAC⁶⁰⁵ será la autoridad designadora de árbitros por *default*. Esta función fue previamente reconocida por las cortes judiciales y ahora ya tiene fuerza de ley. La ley china también otorga facultad al HKIAC de

⁶⁰¹ Véase supra pp. __

⁶⁰² Siqueiros, José Luis, Op.cit. nota al pie No. 131, pp. 57.

⁶⁰³ Idem. pp. 74.

⁶⁰⁴ *The Arbitration Ordinance*

⁶⁰⁵ Véase supra pp. __

decidir si el tribunal arbitral, en arbitrajes internacionales, deberá estar integrado por uno o tres miembros, en caso de que las partes no se puedan poner de acuerdo. Creemos que lo anterior muestra un elevado nivel en la ley del país oriental y puede ser modelo en la legislación mexicana, en donde el CAM podría ser designado autoridad designadora por *default*.

Aparejado a dicho progreso legislativo, es necesario que se fomenten las actividades para la capacitación de jueces, abogados y comerciantes, a fin de facilitar su participación en el arbitraje comercial internacional. Es necesaria la participación de las nuevas generaciones de abogados y comerciantes, quienes deben reconocer los beneficios de la institución para tomar el riesgo del cambio, el cual, sin lugar a duda, significa una importante evolución jurídica en nuestro sistema. Por su parte, la generación que hasta la fecha hemos incursionado en esta área, debemos impulsar su desarrollo para confirmar que nuestro país se encuentra en una etapa de evaluación y consolidación del arbitraje, tanto nacional como internacional.

México, como lo mencionamos anteriormente, se vive una etapa de cambio en la cual se cuestiona la capacidad del propio gobierno y principalmente de los comerciantes para intervenir en ella; sin embargo, creemos que es necesario este cambio el cual debe darse paulatinamente y utilizando los medios necesarios para sobresalir en tal transformación. En materia de arbitraje comercial internacional, ya sea *ad-hoc* o institucional, en algunos aspectos todavía somos inmaduros para considerarnos buenos participantes. Frente a este reto, es necesario prepararnos, tanto los comerciantes que intervienen en las relaciones comerciales, como los abogados que ayudamos y asesoramos a aquéllos en el momento que tienen que resolver alguna controversia de esta naturaleza ante una institución de arbitraje. Dicha preparación puede tener un buen principio acudiendo en primera instancia a la CCI en arbitrajes internacionales, por ser pionera en el arbitraje y ser considerada como una buena escuela para preparar a los comerciantes y abogados mexicanos. Dentro de la apertura comercial en la cual está incursionando nuestro país destacan cuatro instituciones que podrían ser consideradas como las mejores opciones para acudir al arbitraje comercial internacional institucional: la CLAI, la CIAC, la AAA y la CCI. En arbitrajes nacionales, el CAM es indudablemente una alternativa seleccionable.

Lo anterior no significa que debemos limitar nuestras opciones a las mencionadas instituciones; sólo se recomienda acudir en primer lugar a ellas y posteriormente aprovechar la experiencia adquirida en estas instituciones para saber en qué momento se debe acudir a tal o cual institución. La importancia del arbitraje institucional se ha incrementado en los últimos tiempos, surgiendo como consecuencia instituciones alrededor del mundo que ofrecen buenos servicios en la administración de los arbitrajes.

Junto a la evolución legislativa que se ha dado en México, se debe presentar un impulso a la capacitación de las personas que, de forma directa o indirecta, aplicarán las nuevas normas en materia de arbitraje.⁶⁰⁶ Dichas personas son: los jueces, abogados - ya sea que intervengan como defensores de alguna de las partes o como miembros del tribunal

⁶⁰⁶ El 1º. de junio de 1998, se publicó en el DOF una lista de árbitros independientes, oficialmente reconocidos por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, para acutar en las controversias que se susciten entre proveedores y consumidores. Creemos que es un importante paso por parte de las SECOFI para fomentar este procedimiento.

arbitral - y técnicos que prestarán apoyo en la solución de los conflictos que se susciten en el comercio exterior. Esta capacitación se debe iniciar desde el nivel universitario fomentando la impartición de la materia arbitral, la cual, en la actualidad, no es suficiente para preparar a los futuros abogados que intervendrán en este tipo de asuntos. En cuanto a las personas que intervienen en los arbitrajes como miembros del tribunal arbitral, es necesario que éstas sean abogados, pues de lo contrario los técnicos que desempeñen tal labor no tendrán las bases jurídicas necesarias para obtener los resultados positivos deseables y tampoco podrán aprovechar al máximo la institución jurídica del arbitraje privado comercial internacional. Esta limitación de ejercicio, desde nuestro punto de vista, debería estar considerada en el derecho positivo mexicano.

MÉXICO ANTE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

INDICE

INTRODUCCION.....	2
CAPITULO I.....	5
SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.....	5
1.1. ¿ QUE ES EL COMERCIO INTERNACIONAL ?.....	5
1.2. BREVES COMENTARIOS RESPECTO DE LA EVOLUCION DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	10
1.3. EL CASO DE MEXICO FRENTE AL COMERCIO INTERNACIONAL.....	17
1.4. REGULACION JURIDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	25
1.5. LEGISLACION INTERNA MEXICANA QUE REGULA EL COMERCIO INTERNACIONAL... ..	31
1.6. DIVERSAS SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.....	37
1.7. HACIA DONDE SE DIRIGE EL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA INTERVENCION DE MEXICO EN EL MISMO.....	46
CAPITULO II.....	48
ARBITRAJE PRIVADO COMERCIAL INTERNACIONAL.....	48
2.1. ¿QUE ES EL ARBITRAJE?.....	48
2.2. ¿POR QUE ACUDIR AL ARBITRAJE? (ARBITRAJE VS. LITIGIO).....	51
2.3. EL ARBITRAJE Y SUS ORIGENES.....	58
2.4. DIVERSOS TIPOS DE ARBITRAJE.....	64

2.5. LAS PARTES EN EL ARBITRAJE.....	75
2.6. MATERIAS ARBITRABLES.....	80
2.7. EL ACUERDO ARBITRAL.....	81
2.8. LOS ELEMENTOS DE LA CLAUSULA ARBITRAL.....	84
2.9. EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	89
2.10. EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	93
2.11. LA RELACION DE ARBITROS CON JUECES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	95
<u>CAPITULO III.....</u>	<u>98</u>
<u>PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....</u>	<u>98</u>
3.1. AUDIENCIAS PREVIAS A LAS ACTUACIONES ARBITRALES.....	98
3.2. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	110
3.3. LA ETAPA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	112
3.4. EL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL.....	113
3.5. EJECUCION DEL LAUDO ARBITRAL.....	116
3.6. LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	117
3.7. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL....	123
3.8. HACIA DONDE SE DIRIGE EL ARBITRAJE PRIVADO COMERCIAL INTERNACIONAL....	128
<u>CAPITULO IV.....</u>	<u>130</u>
<u>MEXICO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL.....</u>	<u>130</u>
4.1. LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL MUNDO.....	130
4.2. CORTES Y CENTROS ARBITRALES INTERNACIONALES.....	137
4.2.1. LA CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (CCI) – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)-.....	137
4.2.2. LA CORTE DE LONDRES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL (CLAI)– THE LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA) -.....	155

4.2.3. LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE (AAA) – THE AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA)-	161
4.2.4. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE (CIAC) – THE INTERAMERICAN ARBITRATION COMMISSION (IACAC)-	166
4.2.5. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE INVERSIÓN (CISDI) – THE INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)	168
3.2.6. EL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN COMERCIAL PARA LAS AMERICAS (CAMCA) – THE COMMERCIAL ARBITRATION AND MEDIATION CENTER FOR THE AMERICAS -(CAMCA) -	171
4.2.7. EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (CCE) – THE ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE (SCC) -	173
4.2.8. EL CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE HONG KONG - THE HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (HKIAC) -	175
3.2.9. EL CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPORE (CAIS)- THE SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC) -	178
4.3.CORTES Y CENTROS ARBITRALES MEXICANOS	179
4.3.1. CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO (CAM)	180
4.3.2. COMISIÓN PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MÉXICO (CPACANACO)	184
<u>CAPITULO V</u>	<u>186</u>
<u>EL DERECHO ARBITRAL MEXICANO (LEX ARBITRI)</u>	<u>186</u>
5.1. LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR UN DERECHO ARBITRAL LATINOAMERICANO	186
5.2. EL DERECHO ARBITRAL MEXICANO	189
5.2.1. LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	189
5.2.2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES	194
5.2.3. CODIGO DE COMERCIO	195
5.2.4. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES	207

5.2.5. OTRAS LEYES FEDERALES.....	208
5.2.6. TRATADOS INTERNACIONALES.....	211
5.3. NECESIDAD DE ADAPTAR EL SISTEMA OPERATIVO MEXICANO AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....	214