

CAPÍTULO II

“NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE”

SUMARIO: 2.1 Medios internacionales de resolución de controversias. 2.2 El arbitraje comercial internacional de carácter privado. 2.2.1 Ubicación del arbitraje dentro del derecho. 2.2.2 ¿Por qué acudir al arbitraje? 2.2.3 Tipos de arbitraje. 2.2.4 Arbitrabilidad. 2.2.5 Relación entre el arbitraje y el procedimiento judicial. 2.2.6 El acuerdo arbitral. 2.2.6.1 Autonomía del acuerdo arbitral. 2.2.6.2 Efectos del acuerdo arbitral. 2.2.6.3 Elementos de la cláusula arbitral. 2.2.6.3.1 Elementos de existencia. 2.2.6.3.2 Elementos de validez. 2.2.6.4 Clausulado del acuerdo arbitral. 2.3 Leyes nacionales e internacionales aplicables al arbitraje comercial internacional. 2.3.1 Regulación internacional del arbitraje y de la ejecución de laudos extranjeros. 2.3.2 El derecho arbitral mexicano. 2.4 El desarrollo del procedimiento arbitral. 2.5 Laudo arbitral.

2.1 MEDIOS INTERNACIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Resulta conveniente empezar por establecer qué se entiende por controversia internacional, en el entendimiento de que su aparición propicia el desarrollo de mecanismos para resolverla, dentro de los cuales se encuentra el arbitraje, en el que la aplicación de diversas normas produce conflictos al momento de solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo, objeto del presente trabajo.

La controversia es un desacuerdo entre dos o más partes respecto de una relación previamente existente entre ellas. El desacuerdo puede tratarse sobre asuntos de hecho o de derecho y la controversia surge ante la negativa de una de las partes a aceptar la

reclamación de la otra.¹ Cabe destacar que la controversia internacional surge cuando las partes en el desacuerdo son personas físicas o morales de diferentes nacionalidades, son dos Estados o envuelve un Estado y una persona física o moral nacional de otro Estado.²

Oswaldo Marzorati, en su libro *Derecho de los negocios internacionales*, opina que tradicionalmente, se pensaba que al plantearse un conflicto de intereses, este debía ser resuelto por una tercera persona imparcial, llamada juez; es decir, el camino indicado parecía dirigirse únicamente a la justicia estatal.³

Sin embargo en la práctica actual, cuando surge una controversia de carácter comercial, se presenta al mismo tiempo un abanico de posibilidades para su resolución, posibilidades o caminos que las partes eligen seguir, debido sobre todo, a varios factores, entre los que destacan: 1) la decadente impartición de justicia estatal, 2) un sistema legislado fuera de época, desfasado de la realidad internacional, 3) la imposibilidad del estado para resolver con rapidez algunos litigios y 4) un deseo de lograr más armonía entre las partes.⁴

¹ BEHRENS, Peter, Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations, University Press, Suiza, 1992, Pág. 5.

² IBIDEM, Pág. 6.

³ MARZORATI, Oswaldo J., Derecho de los negocios internacionales, Astrea, 2da edición, Argentina, 1997, Pág. 745.

⁴ SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje comercial internacional en México, Perezniето editores, México, 1994, Pág. 2.

Estas circunstancias, realmente contestan la pregunta de por qué surgen procedimientos como el arbitraje ya que por representar una opción viable ante dichos factores se convierte en un medio idóneo para la resolución de controversias comerciales de carácter internacional. Sin embargo, se ha observado que la intervención de diferentes normas durante el procedimiento de arbitraje, ha complicado su naturaleza expedita y eficaz, por lo que es necesario establecer soluciones a éste problema, lo cual, es uno de los objetivos del presente estudio.

Últimamente, recurrir a los mecanismos alternativos de solución pacífica de controversias se ha vuelto una práctica muy común y su uso es alentado por organismos nacionales e internacionales.⁵ La causa de lo anterior se encuentra en la rapidez que poseen para dar una solución; rapidez que va a la par con el dinamismo actual de las relaciones económicas entre particulares de diversas nacionalidades y que evita conflictos entre los mismos estados.

Otras razones para recurrir a estos mecanismos -como el arbitraje- son la flexibilidad, confidencialidad, neutralidad y experiencia del tercero que intervendrá en el proceso, así como la tendiente armonización de la regulación de los medios alternativos de solución de controversias a nivel internacional, a diferencia de la gran cantidad de legislaciones estatales existentes. *Actualmente, existen más de doscientos instrumentos bilaterales y multilaterales para resolver controversias, de hecho la mayoría de los países revisan sus legislaciones y prácticas para hacerlas menos formales y más eficaces (...)*⁶

Conocidos como ADR (Alternative Dispute Resolution) en el sistema del Common Law, sus características en común son la privacidad, la participación de una tercera parte que da su opinión, el consentimiento de las partes para llevarlos a cabo, la privacidad y confidencialidad, la rapidez, informalidad y sobre todo, la reducción notable de costos y la solución amistosa que proveen en muchos casos permite que las partes continúen con sus

⁵ Briceño Sierra, en su libro *El arbitraje en el derecho privado* enumera como organismos impulsores de los mecanismos de resolución de controversias internacionales a Organismos nacionales como la American Arbitration Association en los Estados Unidos o transnacionales como a Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial o la Cámara de Comercio Internacional. (BRICEÑO Sierra, Humberto, El arbitraje en el derecho privado, situación internacional, UNAM, México, 1963, Pág. 25)

⁶ SERRANO Migallón, Fernando, El mecanismo de solución de controversias en el tratado de libre comercio de América del Norte, en *Resolución de controversias comerciales en el tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, Pág. 68.

relaciones comerciales y no pierdan prestigio. Siguiendo a Jorge Alberto Silva en su libro *Arbitraje Comercial Internacional*, el medio heterocompositivo más relevante es el procedimiento de arbitraje.

2.2 EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE CARÁCTER PRIVADO

El Arbitraje⁷, puede definirse como un método, un proceso, o técnica *mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (arbitro/árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.*⁸

El Código de Comercio, en su artículo 1416, define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no administrado por una institución arbitral.

Una de las principales ventajas del arbitraje⁹, es la posibilidad de designar a un tercero imparcial, quien se considera altamente calificado, no está involucrado dentro del

⁷ Palabra derivada del latín *arbitratus*, *arbitor*: arbitraje. (RODRÍGUEZ González Valadez, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Porrúa, México, 1999, Pág. 51.)

⁸ IBIDEM

⁹ César Sepúlveda, en su libro *Derecho internacional* considera al arbitraje como 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 de que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final. (SEPULVEDA, César, Derecho internacional, Porrúa, México, 1978, Pág. 389)

Por otro lado, Humberto Briceño Sierra en *El Arbitraje comercial, Doctrina Legislación*, considera que el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por los particulares. Señala que comúnmente es un procedimiento privado y estructuralmente, es una relación jurídica triangular, en cuyo

conflicto y a diferencia de los integrantes del aparato jurisdiccional estatal, no está presionado por el cúmulo excesivo del trabajo. Es por esto que el uso del arbitraje, ha cobrado fuerza en el ámbito privado internacional, ya que evita los problemas que surgen cuando se lleva una contienda a un tribunal estatal.

La creciente utilización del arbitraje comercial internacional, se ha debido también al impulso que le han dado organismos como la American Arbitration Association dentro de los Estados Unidos o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial con sede en Nueva York o la Cámara de Comercio Internacional, entre otras.¹⁰

Dentro de este procedimiento, la presencia del árbitro es un elemento esencial, entendiéndose como el órgano que resuelve la controversia y se conoce como tribunal arbitral, independientemente de que se trate de una o varias personas.

vértice superior se encuentra el árbitro. (BRISEÑO Sierra, Humberto, El arbitraje comercial: Doctrina y Legislación, Texto Universitario, UIA, México, 1988, Pág. 12)

Por su parte, Osvaldo Marzorati, dice que el arbitraje es una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de las controversias, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero. (MARZORATI, Op. Cit., Pág. 746)

Para Ottolenghi, el arbitraje es un instituto procesal, con bases procesalmente fundamentadas y con sustancia procesal. (OTTOLENGHI, Mauricio A., “Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral”, Revista de derecho procesal, Argentina, 1943, Pág. 159)

Para Raúl Medina Mora en Cláusula y acuerdo arbitrales, el arbitraje comercial es el desarrollo procesal de un convenio privado que con apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos de su misión, indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene en el lugar y en la lengua del arbitraje. (MEDINA Mora, Raúl, Cláusula y acuerdo arbitrales, en Arbitraje comercial internacional del compilador Leonel Pereznieta Castro, Ediciones Coyoacán, México, 2000, Pág. 15)

¹⁰ BRISEÑO, Op. Cit., Pág. 24.

Su característica principal es que conlleva como resultado una decisión legalmente obligatoria para las partes. De manera general, el arbitraje se compone de cuatro cuerpos: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución.¹¹

La existencia de un procedimiento arbitral, se determina por la presencia de un acuerdo arbitral. Este es considerado un contrato entre las partes por algunos autores quienes aseguran que la naturaleza jurídica del arbitraje, es contractual¹² por tener su origen en un acuerdo vinculatorio entre las partes asimilado al contrato. Sin embargo, no hay una disposición en el Código de Comercio que designe que el acuerdo arbitral es un contrato. Por otro lado, el Código Civil¹³ menciona que los acuerdos reciben el nombre de contratos, por lo que indirectamente se reconoce que el origen del proceso arbitral es contractual.

El procedimiento al que se refiere el presente estudio se denomina como internacional debido a los puntos de contacto de las partes o de elementos del litigio con diferentes legislaciones.¹⁴

¹¹ IDEM, Pág. 31.

¹² WANG, William, *International Arbitration: The need for uniform interim measures of relief*, Brooklyn Journal of International Law, Brooklyn Law School, 2003. Consultado en la base de datos Jstor.

¹³ Artículos 1792, 1793, 1794 y 1795 del Código Civil en materia Federal.

¹⁴ Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 1416 establece: *Para los efectos del presente título se entenderá por: III.- Arbitraje internacional, aquél en el que: a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual(...).*

2.2.1 UBICACIÓN DEL ARBITRAJE DENTRO DEL DERECHO

Antes de proseguir, es necesario determinar a qué rama del derecho corresponde el tipo de arbitraje cuyas normas directrices se analizan en este trabajo: el arbitraje privado comercial internacional.

El arbitraje puede ser considerado como técnica, procedimiento o método¹⁵, pero es también una institución de derecho. Siguiendo a Raúl Medina Mora, *el arbitraje no es un procedimiento para administrar justicia, no es una función de la actividad jurisdiccional del Estado que se desempeña por medio de jueces y tribunales que integran al poder judicial o los tribunales administrativos; no es el ejercicio de la función prevista en el artículo 17 constitucional¹⁶, no es una garantía individual. El arbitraje, es convenido por las partes quienes dan su consentimiento para que la controversia se resuelva por ese medio (...).¹⁷*

Existen diferentes posturas acerca del campo al que pertenece ésta institución, las más importantes la ubican dentro del derecho procesal,¹⁸ otros dentro del derecho internacional y un tercer grupo la ubica dentro del derecho mercantil.

¹⁵ VID SUPRA, Pág. 19.

¹⁶ El artículo 17 constitucional, otorga la garantía a toda persona para 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 (...).*

¹⁷ MEDINA, Op. Cit. Pág. 16.

¹⁸ Jorge Alberto Silva en su obra *Arbitraje comercial internacional en México*, señala que las leyes mexicanas han regulado el arbitraje en códigos de procedimientos, salvo en el caso del Código de Comercio que mezcla aspectos sustantivos con procesales. Sin embargo, *el arbitraje mercantil se ubica dentro del conjunto de normas procesales y no en el grupo de las sustantivas (...).* (SILVA, Op. Cit. Pág. 92).

Lo más acertado parece ubicarla, -siguiendo al Mtro. Carlos Rodríguez González Valadez- dentro del derecho mercantil internacional.¹⁹ *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 la controversia sea susceptible de ser arbitrada, mediante la designación de una tercera o terceras personas que integran el tribunal arbitral, facultándoles mediante reglas establecidas previamente o en el momento que se pacta el ejercicio arbitral a emitir su decisión o sentencia llamada “laudo”, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial (...).*²⁰

2.2.2 ¿POR QUÉ ACUDIR AL ARBITRAJE?

En la práctica, las partes obtienen beneficios cualitativos y cuantitativos (económicamente hablando) al acudir al procedimiento arbitral a resolver su controversia, esto explica, su creciente utilización, especialmente en el ámbito comercial internacional. De manera breve, los beneficios que obtienen son los siguientes:

1. *Tienen la posibilidad de elegir y controlar el tribunal arbitral:* las partes pueden escoger qué personas integrarán el panel arbitral designándolos de manera directa o de manera indirecta al recurrir a una institución arbitral. Respecto al control, las

¹⁹ El diccionario Jurídico Mexicano ubica al derecho mercantil internacional, como una parte del derecho mercantil que regula las transacciones comerciales que se celebran entre diferentes países, entre partes residentes en dos o más de ellos, a través de disposiciones, leyes, convenciones y sentencias o laudos dictados por tribunales nacionales internacionales. (BARRERA Graf, Jorge, Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo III; Porrúa, México, 1985, Pág. 181)

²⁰ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 54.

partes pueden establecer determinadas reglas o aceptar las de una institución arbitral, incluso haciéndoles modificaciones.

2. *Elección del lugar de arbitraje:* puede ser uno diferente al de la residencia de las partes o incluso diferente al del objeto de la controversia. La posibilidad de las partes de elegir el lugar, otorga una característica de neutralidad al procedimiento. Sin embargo, para efectos prácticos, deberán tener en cuenta factores como la ubicación geográfica, que se lleve a cabo en algún país que haya adoptado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)²¹, que dicho país tenga una legislación arbitral moderna y que se adapte a las reglas impuestas por las partes y que tenga un ambiente adecuado para la conducción normal del arbitraje, es decir, estable políticamente.
3. *Posibilidad de elegir el derecho aplicable:* Las partes deciden bajo que términos se va a desarrollar y regular el procedimiento. La elección se da tanto en el derecho adjetivo como en el sustantivo.

En contraste con los sistemas jurisdiccionales estatales, las partes dentro de un proceso arbitral pueden escoger como árbitros a personas sumamente preparadas y calificadas, incluso originarias del estado cuyas normas se han elegido, para que

²¹ Lo anterior, se recomienda para evitar conflictos al momento de la ejecución del laudo arbitral, puesto que, como se analizará más adelante, la Convención de Nueva York ofrece el marco legal que obliga a los países signatarios de la misma a reconocer los laudos arbitrales extranjeros, lo cual significa una garantía para las partes ya que en caso de no cumplirse voluntariamente el laudo, pueden recurrir a los tribunales nacionales quienes reconocerán dicho laudo a menos que caiga en uno de los supuestos de negativa a la ejecución delimitados por la propia Convención.

efectivamente apliquen el derecho que corresponda “cómo lo haría el juez del país de que se trate”. En un sistema estatal, se obliga al juez a aplicar el derecho extranjero como si fuera juzgador de dicho país, sin embargo, en la mayoría de los casos, el juez nacional poco o nada sabe de dicho derecho y debe conformarse con lo aportado por las partes sobre ese derecho.²²

Sobre el derecho adjetivo aplicable, las partes escogen las reglas procesales que guiarán el procedimiento, sin embargo normalmente se ajustan a algún reglamento ya publicado como el Reglamento Facultativo de la UNICITRAL, los reglamentos de arbitraje de la CCI, AAA y CAM.²³

Respecto de ésta ventaja en particular, debe destacarse la posibilidad de las partes para modificar las reglas procesales según sus necesidades específicas, mismas que derivan del ramo comercial o industrial al que pertenecen, ubicación geográfica o situación económica.²⁴

²² Artículo 1197 del Código de Comercio: *Sólo los hechos están sujetos a prueba, el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.*

Artículo 86 Bis del Código Federal de Procedimientos Civiles: *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.*

De la lectura de los dos artículos anteriores, se deduce que, el único derecho que se puede probar es el extranjero y que el tribunal aplicará el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resulte aplicable

²³ VID INFRA Pág. 199, “Abreviaturas”.

²⁴ WHITTINGHILL L., Christina, *The Role and Regulation of International Commercial Arbitration in Argentina*, Texas International Law Journal, University of Texas at Austin School of Law Publications Inc., 2003, consultado en la base de datos Lexis Nexis.

4. *Confidencialidad*: Los sistemas jurídicos estatales, confieren a los procedimientos judiciales el carácter de públicos, incluyendo la sentencia dictada al final de los mismos. En la práctica, esto podría perjudicar el prestigio de las partes envueltas en una controversia. En el arbitraje, tanto el procedimiento como el laudo dictado al final tienen el carácter de privado –a menos que las partes estipulen lo contrario en el acuerdo arbitral- por lo que el prestigio o buen nombre comercial de las partes no se ve afectado.

5. *Flexibilidad e informalidad*: Los procedimientos jurisdiccionales estatales, al tratar de ofrecer la máxima igualdad procesal de las partes y seguridad jurídica, son a menudo rígidos, con etapas determinadas en cuanto a su duración y requisitos de forma y fondo. Por lo contrario, el procedimiento arbitral no es rígido más que en una sola cuestión: las partes deben tener igualdad en cuanto a sus derechos y a la oportunidad de defenderse. En cuanto a la flexibilidad, *el procedimiento de arbitraje puede calificarse como más amistoso, al no quedar sujeto (...) a los ritos (...) parte natural del litigio judicial y que presionan a las partes y retrasan mucho el procedimiento (...).*²⁵

6. *Rapidez*: Las partes tienen la libertad de fijar los plazos y etapas procedimentales, sin tantos obstáculos como el caso del procedimiento judicial estatal. El tribunal arbitral establece, por lo general, una buena relación con cada una de las partes, lo que ayuda a analizar y decidir el asunto con mayor rapidez debido a la cooperación

²⁵ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 59.

que se entabla, cooperación que rara vez se establece al llevar a cabo un procedimiento judicial.

7. *Economía*: La institución del arbitraje recibe muchas críticas debido a que es una “justicia pagada”. Sin embargo, pese a que las partes deben pagar al tribunal arbitral o a la institución arbitral, estos gastos a menudo son menores comparados con los que incurrirían en caso de acudir a tribunales estatales. Pese a que en los Estados la impartición de justicia es gratuita, la tardanza de las resoluciones muchas veces representa pérdidas económicas fuertes para las partes. En cualquier caso, las partes siempre están ante la posibilidad de analizar la rentabilidad del arbitraje.²⁶

8. *Elección de los abogados*: Las partes pueden o no contratar abogados. Estos, pueden ser o no nacionales del estado en donde se lleva a cabo el arbitraje. No necesitan tener una licencia o estar acreditados ante los Tribunales Estatales de Justicia. Si las partes designan abogados, lo harán tomando en cuenta factores como economía, prestigio, conocimiento técnico en la materia, relación laboral exitosa anterior con ellos y no su nacionalidad o acreditación.²⁷

9. *Imparcialidad*: La institución del arbitraje es reconocida por la imparcialidad con la que se emiten los laudos. En los procedimientos jurisdiccionales, a menudo los jueces no son expertos de la materia sobre la cual deben resolver. El tribunal arbitral

²⁶ IDEM, Pág. 60.

²⁷ A modo de ejemplo, se cita el artículo 25 de la Ley Reglamentaria del artículo 5 constitucional, sobre el ejercicio de profesiones en el DF, que dice que para ejercer dentro del DF o en demás Estados de la República, se requiere, I.-Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y II.-Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado y obtener patente de la Dirección General de Profesiones. (<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/208.pdf>)

está compuesto por técnicos en la materia. De igual manera, hay una menor presión e influencia política tanto de las partes como de los mismos estados, hacia un tribunal arbitral que hacia un tribunal jurisdiccional estatal.

10. *Definitividad y obligatoriedad del laudo*: El primer concepto, significa que el asunto que ha sido arbitrado adquiere el status de cosa juzgada. Esto, es una característica inherente a todo laudo y se analiza en el siguiente capítulo. La obligatoriedad del laudo, proporciona la seguridad a las partes de que en caso de que la parte perdedora no cumpla la resolución, puede acudir a los tribunales nacionales del lugar donde pretende ejecutar el laudo para que estos, coercitivamente, decreten la ejecución.

Las características antes mencionadas, conducen a la idea de que el arbitraje es un mecanismo rápido y eficiente para resolver disputas, y en efecto, es ésta su naturaleza. Sin embargo, debido a *la complejidad de casos sometidos al arbitraje y al abuso de los litigantes para retardar dicho procedimiento y la ejecución del laudo, en algunas ocasiones el procedimiento de arbitraje puede ser más largo que los procedimientos judiciales (...).*²⁸

Las personas que litigan y que utilizan recursos para retardar el arbitraje, a menudo se escudan en las contradicciones entre las leyes que intervienen en el procedimiento de arbitraje para lograr que un laudo no se ejecute. Aún los laudos provenientes de procesos

²⁸ VAN GRINKEL, Eric, *Reaffirming the Dilemma of Contractually Expanded Judicial Review: Arbitral Appeal vs. Vacatur*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Pepperdine University School of Law, 2003, consultado en la base de datos Lexis Nexis.

arbitrales rápidos y eficaces son sujetos a procedimientos de nulidad/no ejecución por iniciativa de la parte no favorecida.²⁹ Es por esto que deben tomarse medidas que eviten en lo posible los retardos injustificados en procedimientos de arbitraje para que conserve su naturaleza expedita y eficaz.

A la par con lo anterior, una de las mayores desventajas del procedimiento arbitral, son las lagunas legislativas en algunos aspectos importantes tales como revisión judicial, apelación al procedimiento arbitral y la capacidad del tribunal para dictar medidas cautelares, puntos que serán abordados en los siguientes capítulos.

2.2.3 TIPOS DE ARBITRAJE

Para lograr un mejor entendimiento del arbitraje privado comercial internacional, es necesario precisar las diferencias que existen entre éste y los demás tipos de arbitraje.

1. *Arbitraje en equidad y en derecho*: En el primero, las partes acuerdan que la tercera persona (amigable componedor)³⁰ que resuelve la controversia, lo haga según su criterio. Generalmente es una persona la integrante del tribunal arbitral (puesto que no es posible encontrar dos mentes con la misma conciencia). El fallo, es conocido como fallo en conciencia. El arbitraje en derecho, del que forma parte nuestro

²⁹ WHITTINGHILL, Op. Cit.

³⁰ El amigable componedor es una persona de reconocida experiencia acerca del ámbito de la disputa, de la entera confianza de las partes y de criterio incuestionable en cuyo juicio descansa el deber de dictar la resolución de la controversia.

objeto de estudio, es conocido como de *stricto iure*³¹ y en él los integrantes del tribunal arbitral deberán ajustarse a las reglas de derecho bajo las cuales se regirá y decidirá el arbitraje.

2. *Arbitraje de derecho público y de derecho privado*: El primero, tuvo gran utilización para resolver las controversias surgidas respecto a límites territoriales estatales. Se usa en caso de conflictos entre estados, quienes designan los árbitros y se comprometen a acatar el laudo. Actualmente, se utilizan para resolver controversias sobre la interpretación y aplicación de tratados bilaterales o multilaterales.³² Por su parte, el arbitraje de derecho privado se lleva a cabo entre sujetos o entidades del derecho privado (particulares). Según la teoría de la doble personalidad, el Estado puede intervenir como particular actuando sin su facultad de imperio, es decir, en su calidad de *iure gestionis*. Cuando actúa de esta manera, se obliga igual que los particulares.³³ El arbitraje de tipo privado, es el examinado en ésta investigación.

3. *Arbitraje nacional e internacional*: En el arbitraje nacional, todos los elementos integrantes de la controversia (objeto, partes, derecho sustantivo que se aplicará, etc.) son de un mismo país. *La controversia se plantea dentro de un sistema jurídico único (...)*³⁴ Es importante para nuestro análisis, conocer que se está ante

³¹ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 71.

³² IDEM, Pág. 72

³³ Por ejemplo, el estado actúa *iure gestionis* a través de la administración pública paraestatal.

³⁴ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 74.

arbitraje internacional, cuando por lo menos, uno sólo de los elementos tengan punto de contacto con una legislación distinta a la interna.³⁵

4. *Arbitraje comercial, civil y mixto:* La presente investigación, pertenece al campo del arbitraje comercial, que aparece cuando existe un acto mercantil³⁶ de por medio, existe una intención de lucro en las operaciones de los particulares. Por exclusión, el arbitraje civil es aquel en el que el objeto de la contienda no tiene relación con actos o no normas mercantiles. El arbitraje mixto se lleva a cabo cuando para una de las partes el acto tiene naturaleza comercial y para la otra tiene naturaleza civil. En este caso, debe atenderse a la naturaleza internacional o nacional del arbitraje. Si fuese internacional, se llevaría a cabo un arbitraje de tipo comercial³⁷ y si fuese nacional en el caso de que fuera en México, se llevaría a cabo un arbitraje comercial o un procedimiento convencional, pero sujeto a las leyes mercantiles.³⁸

5. *Arbitraje de origen convencional y de origen legal:* En el primero (objeto del presente estudio), y según la autonomía de las partes, éstas deciden de común acuerdo acudir a un procedimiento arbitral para decidir controversias futuras o ya

³⁵ El Código de Comercio, en su Art. 1416, define al arbitraje comercial como aquel en el que las partes al momento de celebrar el acuerdo tienen establecimientos en países diferentes, cuando el lugar de arbitraje, el lugar de cumplimiento de las obligaciones del contrato o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha está fuera del país.

³⁶ El Art. 75 del Código de Comercio, hace una lista de los actos que se consideran de comercio, y señala que en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por árbitro judicial. Así mismo, el artículo 76 del mismo ordenamiento, estipula que *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.*

³⁷ Pie de página del artículo 1 de la Ley Modelo UNICITRAL (<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>).

³⁸ Artículo 1050 del Código de Comercio: *Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.* Por su parte, el artículo 1051 del Código de Comercio, indica que las partes pueden convenir en utilizar el procedimiento convencional ante tribunales o el procedimiento arbitral.

existentes. En el segundo, también conocido como arbitraje oficial, la legislación encamina a las partes a establecer un procedimiento arbitral, sin embargo, las partes pueden acudir directamente al procedimiento judicial.³⁹ En el presente estudio, se aborda al arbitraje de naturaleza convencional.

6. *Arbitraje institucional y ad hoc*: El arbitraje institucional, es el administrado por una institución arbitral⁴⁰, nacional o internacional, con sus propias reglas procedimentales (publicadas con anterioridad) o con ligeras variaciones a petición de las partes.⁴¹ Un punto medio entre ambos arbitrajes, se encuentra en los “arbitrajes semi administrados”, en los cuales la institución arbitral sólo interviene en ciertas etapas como designación de árbitros, celebración de audiencias, designación de peritos, etc.⁴²

La institución arbitral, revisa o nombra ella misma los árbitros, calcula las costas del arbitraje, remite los autos a los árbitros y notifica los laudos a las partes, pero no es ella, si no los árbitros, quienes conducen el procedimiento y resuelven la controversia.⁴³

³⁹ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 76.

⁴⁰ En la actualidad, existen muchos ejemplos de instituciones arbitrales. A nivel nacional, puede mencionarse el CAM, la CPACANACO, la AMMAC. A nivel internacional, se encuentra la CCI, LCIA, AAA, la CIAC, el CAMCA, ente otros. (VID INFRA, Pág. 199 “Abreviaturas”.)

⁴¹ Este tipo de arbitraje tiene ventajas tales como la incorporación de las reglas procedimentales de la institución, la experiencia de la institución, las listas de árbitros con las que cuentan, la participación de un Secretario del Tribunal Arbitral, la supervisión del procedimiento arbitral. Entre las desventajas, se encuentran su tendencia a ser demasiado oneroso, la existencia de burocratización en la institución, las partes tienen mínimo o nulo control sobre el arbitraje, y en ocasiones, las reglas institucionales señalan plazos muy cortos para las etapas procedimentales. (RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 78)

⁴² IBIDEM

⁴³ MEDINA, Op. Cit., Pág.20.

Por su parte el arbitraje ad hoc, es en el que no hay participación de alguna institución arbitral y el mismo tribunal arbitral administra el procedimiento. Las partes convienen en adoptar algún conjunto de reglas procesales, crearlas o una combinación de ambos.⁴⁴

Cuando las partes o sus abogados no son expertos en procedimientos de arbitraje, se recomienda ampliamente que se recurra a una institución arbitral para que administre el procedimiento o que se adopten reglas de instituciones arbitrales o la ley modelo UNICITRAL para evitar errores. *La reputación de las instituciones arbitrales, influye notablemente al momento de decidir ejecutar el laudo (...).*⁴⁵

7. *Arbitraje bilateral y multilateral:* Dentro del arbitraje bilateral, intervienen dos partes en el conflicto, independientemente de su conformación interna. En el arbitraje multilateral, participan más de dos partes y/o se trata de resolver una o más controversias cuyo objeto sea el mismo.

⁴⁴ Entre las ventajas del arbitraje ad hoc, se encuentran su flexibilidad y su economía, sin embargo, existen desventajas tales como el hecho de que al ser las partes quienes determinen las reglas conforme a las cuales se llevará a cabo el proceso, su experiencia determinará el éxito del arbitraje, de la misma manera, pueden aparecer conflictos debido a que las reglas no son suficientemente claras o no abarcan todos los aspectos procedimentales. (RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 79)

⁴⁵ CARBONNEAU, Thomas E., *The exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vanderbilt University School of Law, 2003. Consultado en la base de datos Lexis Nexis.

2.2.4 ARBITRABILIDAD

La materia arbitrable varía según las legislaciones de cada país. Sin embargo debe tenerse en cuenta la siguiente regla general: no puede arbitrarse nada que pertenezca al derecho público interno.⁴⁶ Se está ante este derecho cuando la disputa envuelve intereses públicos, por ejemplo: comisiones de delitos⁴⁷, monopolios, cuestiones del medio ambiente, cuestiones sobre precios, etc.

Como se mencionó, cada legislación estatal define lo que puede o no arbitrarse. En el siguiente capítulo, puede encontrarse la materia que no es arbitrable en nuestro país.⁴⁸ Por lo pronto, conviene establecer que sólo las controversias surgidas dentro del derecho civil⁴⁹ o mercantil son susceptibles de resolverse mediante el procedimiento de arbitraje. Estas dos materias, *se reflejan a nivel internacional mediante la rama del derecho internacional privado (...)*.⁵⁰ Estos asuntos sólo interesan a los particulares involucrados en ellos, sólo afectan sus intereses.

⁴⁶ El derecho público se encuentra integrado por el derecho administrativo, constitucional, penal, procesal, financiero, derecho internacional público, derecho aéreo. Por su parte, el derecho interno privado, se integra por el derecho civil, mercantil, bancario, derecho bursátil y derecho internacional privado. Así mismo, existe una tercera rama del derecho denominada derecho social, en la que se encuentran el derecho del trabajo, derecho agrario, de la seguridad social, económico, turístico y ecológico. (ÁLVAREZ Ledesma, Mario, Introducción al derecho, McGraw Hill, México, 1995, Pág. 137)

⁴⁷ El artículo 2950 del Código Civil para el DF. declara nula la transacción sobre delitos, dolo y culpa futuros, sobre pretensión civil que nazca de un delito, sobre sucesión futura, sobre una herencia (antes de visto el testamento si lo hubiere) y sobre el derecho a recibir alimentos.

⁴⁸ VID INFRA, Pág. 163.

⁴⁹ Dentro del derecho civil nacional, se encuentran también limitaciones, por ejemplo, no puede haber procesos arbitrales en donde se decida sobre el estado civil de las personas, la validez del matrimonio, alimentos, etc.

⁵⁰ RODRIGUEZ, Op. Cit. Pág. 89.

La definición de la materia arbitral cobra importancia dentro de un procedimiento arbitral en dos etapas: durante el procedimiento y durante la ejecución del laudo. En el primer caso, adquiere trascendencia para definir si puede llevarse a cabo un litigio conforme a la ley que resuelve la sustancia del asunto. En el segundo caso, el realce de lo arbitrable cobra forma en el foro donde se busca ejecutar el laudo puesto que los tribunales estatales pueden negarse a ejecutar un laudo porque la materia de la litis no es arbitrable o es un asunto de orden público. Estos aspectos, se comentan a profundidad en el siguiente capítulo.

2.2.5 EL ACUERDO ARBITRAL

Para que haya un arbitraje válido, debe haber un acuerdo arbitral entre las partes. Este acuerdo, debe darse por escrito. Los principios fundamentales que rigen al arbitraje son los de la autonomía de la voluntad de las partes y el de *pacta sunt servanda*.⁵¹ *Las partes son libres para celebrar el acuerdo, y al hacerlo, 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 (...).*⁵²

⁵¹ El principio de *pacta sunt servanda*, se aplica a los contratos y significa que lo “pactado debe ser cumplido”. Dada la naturaleza jurídica contractual del acuerdo arbitral, éste principio opera también sobre él.

⁵² RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 53.

El Código de Comercio lo define como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que puedan o hayan surgido entre ellas respecto de una determinada relación jurídica.⁵³

Lo cierto es que este acuerdo es la pieza clave que da origen al procedimiento arbitral: ni los árbitros tendrán facultad para decidir, ni el laudo podrá ejecutarse si no existe un acuerdo arbitral válido. El acuerdo arbitral le da origen y es su punto de sustentación y momento inicial.⁵⁴

La ley modelo de la UNICITRAL, en su artículo 7, lo define como el acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.⁵⁵

Su principal efecto, es la renuncia de las partes a llevar las controversias comprendidas dentro del acuerdo arbitral a tribunales jurisdiccionales estatales para que sean estos quienes solucionen el litigio. Al mismo tiempo surge un segundo efecto: dichos tribunales estatales quedan impedidos para ejercer jurisdicción sobre los litigios comprendidos en el acuerdo.

⁵³ Artículo 1416 del Código de Comercio.

⁵⁴ MEDINA, Op. Cit. Pág. 16.

⁵⁵ <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

El acuerdo, nace de la voluntad de las partes y debe ser exteriorizado para que tenga efectividad. Esta exteriorización, se da mediante acuerdo preliminar, acuerdo definitivo o compromiso arbitral o mediante el convenio arbitral.⁵⁶

El acuerdo preliminar, puede tomar dos formas: la cláusula o el contrato, dependiendo de en dónde se encuentren físicamente. La cláusula, forma parte del contrato inicial del cual podrían emanar las controversias que por virtud de la misma cláusula serán sometidas al arbitraje. El acuerdo preliminar puede realizarse también en un contrato por separado al “principal”, del cual reglamenta el procedimiento arbitral para la resolución de las controversias que pudieran surgir por su aplicación.⁵⁷

La cláusula/contrato arbitral se pacta inter partes antes de que surja la controversia. También es conocida como “arbitraje profiláctico” o “cláusula compromisoria”. Mediante su establecimiento, las partes convienen en resolver por medio del arbitraje cualquier controversia futura derivada del contrato en el cual se encuentra la cláusula o al cual hace referencia la cláusula.

Como señala Jean Robert en *El Arbitraje en los países de la Comunidad Europea*, se distingue del compromiso porque se trata de un acuerdo entre las partes, anterior a toda diferencia para someter a los árbitros las controversias que puedan surgir.⁵⁸ En otras palabras, la cláusula es preliminar al compromiso y este, anterior al arbitraje. Barrios

⁵⁶ BRISEÑO, Op. Cit. Pág. 27.

⁵⁷ SILVA, Op. Cit. Pág. 62.

⁵⁸ ROBERT, Jean, *El arbitraje en los países de la Comunidad Europea*, en *Panorama del arbitraje comercial internacional*. UNAM, México, 1983, Pág. 106.

sostiene que el compromiso es un presupuesto del juicio arbitral.⁵⁹ *La cláusula, no da lugar al juicio por su solo perfeccionamiento, sino a la posibilidad de procedimientos arbitrales futuros (...).*⁶⁰

Por su parte, el compromiso arbitral es el acuerdo/convenio que pactan las partes cuando ya ha surgido una controversia, un litigio presente y no futuro que será resuelto por el procedimiento de arbitraje que se señale en el compromiso. Kohler, por su parte, dice que el compromiso es un contrato procesal que produce una relación jurídica.⁶¹

Robert sostiene que el compromiso es el acto por el que las partes afirman su voluntad de sustraer el litigio que las divide a la jurisdicción del derecho común y por el que especifican las condiciones sobre las que debe regularse el conflicto. Lo distingue de la cláusula puesto que el compromiso supone un litigio *ya nacido, implica la determinación del litigio y la designación de los árbitros (...).*⁶²

Otra diferencia es que el compromiso se extingue al instituirse el procedimiento arbitral y la cláusula no, ya que señala la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver las controversias que surjan en el futuro.

⁵⁹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El juicio arbitral*, Publicación oficial de la Facultad de Derecho de Montevideo, Uruguay, 1956, Pág. 234.

⁶⁰ BRISEÑO, Op. Cit. Pág. 27.

A pesar de que la cláusula es anterior a la controversia y que se le considere un contrato preparatorio no hay impedimento para que en ella se precisen los posibles litigios que se resolverán bajo el arbitraje y se consignent los nombres de los árbitros. Así mismo, deberá establecer, el tipo de arbitraje a realizar (institucional o ad hoc), la sede del arbitraje, el idioma, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables en caso de ser arbitraje ad hoc, etc.

⁶¹ BARRIOS DE ANGELIS, Op. Cit. Pág. 234.

⁶² ROBERT, Op. Cit. Pág. 106.

Cuando las partes realizan un compromiso arbitral, a pesar de sus diferencias, están de acuerdo en tres puntos: el procedimiento, los árbitros y el objeto del litigio. El compromiso significa que dicha controversia se va a resolver específicamente con la designación que hacen a un tercero que consideran imparcial para que determine el derecho.⁶³

Dentro del compromiso, debe identificarse plenamente al árbitro. Por esto, *el compromiso se convierte en la concurrencia de voluntades de las (...) partes y el árbitro, cuya aceptación viene a perfeccionar la convención, mientras que en la cláusula el árbitro es ajeno y puede ignorar la existencia de la misma, en el compromiso, su aceptación es indispensable (...).*⁶⁴

Por último el convenio arbitral es también posterior al surgimiento de la controversia, pero se celebra por un medio distinto. Puede pactarse por medio de un canje de cartas, telegramas, télex o facsímil.⁶⁵

⁶³ Aparte de indicar lo mismo que la cláusula arbitral, indicará con precisión las partes que intervienen, la integración del tribunal arbitral y cómo ha de designarse.

⁶⁴ BRISEÑO, Op. Cit. Pág. 46.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 92.

2.2.5.1 AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL FRENTE AL CONTRATO PRINCIPAL

La autonomía se entiende no sólo frente a las leyes, sino también frente al contrato principal y frente a todos los demás acuerdos que contenga el contrato.

Cada legislación nacional legisla respecto a la independencia del acuerdo arbitral con el contrato principal. El Código de Comercio de México, en su artículo 1432 dispone: *(...) la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria (...).*

Debe quedar claro que la cláusula –se encuentre o no dentro del contrato- no es parte del contrato principal, sino *se trata de un acuerdo independiente y autónomo, siendo indiferente que esté integrado o no al mismo papel en que está el contrato principal (...).*⁶⁶

Independientemente de la modalidad por la que se exteriorice el acuerdo arbitral, este goza de una importante característica: tiene plena autonomía. Lo anterior, significa que será válido aún cuando se declare la nulidad del contrato que fue objeto del acuerdo.⁶⁷

Puede someterse a decisión del tribunal arbitral incluso la existencia o inexistencia, validez

⁶⁶ SILVA, Op. Cit. Pág. 89.

⁶⁷ Al respecto, Raúl Medina Mora establece que *la decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato no significa por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria (...).* (MEDINA, Op. Cit. Pág. 17)

e invalidez del contrato principal. A la inversa, la nulidad/invalidez del acuerdo, no afectará la validez del contrato celebrado entre las partes.⁶⁸

De la misma manera, si el contrato principal se extingue por cumplirse el plazo fijado en el mismo, el acuerdo arbitral seguirá vigente si así lo señalan las partes y por el tiempo que ellas determinen.

2.2.5.2 EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL

A la par del acuerdo arbitral surgen varios efectos o consecuencias de dicho acuerdo, que es conveniente tomar en cuenta. Estos son:

1. *Base del procedimiento arbitral*: las controversias incluidas dentro del acuerdo arbitral serán sometidas para su resolución al procedimiento de arbitraje según se estipule en el mismo acuerdo.
2. *Exclusión de la jurisdicción estatal en el tratamiento de la controversia*⁶⁹: Con la existencia de un acuerdo arbitral válido, los jueces que recibieran el asunto del cual

⁶⁸ Al respecto, los artículos 21 del Reglamento de UNICITRAL, el artículo 21 de Procedimientos del CIAC y el artículo 1432 del Código de Comercio, establecen la facultad del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia. El tribunal arbitral, tiene también facultad de analizar la existencia o validez de la cláusula compromisoria y el acuerdo arbitral, declarando que ambos son independientes del contrato, del que también puede resolver sobre su existencia/validez, sin que la nulidad resultante del contrato signifique la invalidez del acuerdo o cláusula compromisoria. Los tres lineamientos, señalan que el tribunal arbitral deberá decidir en primer lugar sobre cuestiones de su competencia, pero podrá seguir actuando y decidir sobre dicha excepción en el laudo final. Cuando el tribunal se ha declarado competente y alguna de las partes no está de acuerdo, el Código de Comercio le señala un término de 30 días para acudir con el juez para que resuelva en definitiva y de manera inapelable. Mientras el juez decide, el tribunal continuará con sus actuaciones y puede dictar el laudo.

⁶⁹ SANTOS, Op. Cit., Pág. 65

exista un convenio arbitral, deberán desistirse de oírlo y remitir el negocio a los árbitros. Sin embargo, si ninguna de las partes manifiesta su inconformidad con que la controversia sea llevada ante el tribunal judicial estatal cuando ya se tenía pactado un acuerdo arbitral, entonces *hay un consentimiento tácito al ejercicio jurisdiccional estatal (...)*.⁷⁰ y la controversia podrá ser resuelta por el juez del tribunal que resulte competente.

Es importante señalar que la “incompetencia” de los jueces cuando existe un acuerdo arbitral, sólo abarca las cuestiones comprendidas dentro del mismo. No existe exclusión de la jurisdicción estatal para que ella revise cuestiones sobre arbitrabilidad y orden público del litigio, ya que en este caso podría definir que el procedimiento arbitral contravendría las disposiciones de la legislación al respecto.

Los jueces, volverán a ejercer jurisdicción en caso de que el acuerdo arbitral sea declarado nulo, inexistente, ineficaz o inaplicable⁷¹ al momento de contestar la demanda, ante el mismo tribunal arbitral, o en cualquier momento si se le solicita al juez competente, *siempre y cuando no se pueda concluir que ha aceptado el*

⁷⁰ IDEM, Pág. 67.

⁷¹ El acuerdo arbitral es declarado nulo cuando existe una falta o vicio de consentimiento debido a la falta de capacidad de las partes, falsedad, engaño, fraude o dolo en su otorgamiento. (VID INFRA Pág. 49, inciso 3, “Ausencia de vicios de la voluntad”)

El acuerdo arbitral es declarado inexistente cuando no hubo en él manifestación del consentimiento de las partes de someterse al proceso arbitral, no se designó el objeto y la materia arbitral. (VID INFRA Pág. 43, 2.2.5.3.1 “Elementos de existencia”)

El acuerdo arbitral resulta ineficaz cuando por algún motivo ya no puede producir efectos puesto que las partes han realizado alguna transacción, la controversia fue resuelta por un órgano jurisdiccional sin oposición de las mismas partes o cuando la sentencia judicial alcanzó la calidad de cosa juzgada, por vencimiento del plazo del acuerdo o por muerte o incapacidad de los árbitros designados nominalmente.

El acuerdo arbitral resulta inaplicable cuando su redacción sea demasiado vaga y no pueda comprenderse ningún elemento que de pauta para instituir el procedimiento sobre la controversia.” (SANTOS, Op. Cit. Pág. 72.)

*procedimiento arbitral (...)*⁷² La ley aplicable para determinar si el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable será la del país en donde se dictará el laudo, según Rubén Santos.

3. *El arbitraje como medio exclusivo para resolver las controversias:* Por el principio de *pacta sunt servanda*, las partes que han convenido en un acuerdo arbitral no pueden de manera unilateral resolver el asunto utilizando un procedimiento diferente (un procedimiento jurisdiccional o resolver mediante otro ADR).

2.2.5.3 ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

El acuerdo arbitral, posee elementos de existencia y de validez, tal como cualquier contrato. La importancia de realizar un breve estudio acerca de ellos, radica en que durante la etapa de ejecución del laudo o en un procedimiento de nulidad, la falta de alguno de ellos podría derivar en que la decisión del tribunal arbitral no se ejecute o el laudo sea declarado nulo por no encontrarse alguno de estos elementos.

2.2.5.3.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

1. *Objeto:* El objeto del acuerdo, es expresar el deseo de las partes de someterse al proceso arbitral para dirimir una controversia (presente o futura), renunciando al proceso jurisdiccional estatal. Deben señalar la materia del arbitraje, de lo contrario

⁷² Rodríguez, Op. Cit. Pág. 91.

serán nulos de pleno derecho sin necesidad de resolución judicial, es decir, inexistentes.⁷³

Este objeto, es decir el litigio por resolver, deberá ser posible, determinado (litigios presentes) o determinable (litigios futuros). El acuerdo enumerará *el negocio o negocios que serán sometidos al juicio arbitral (...), de lo contrario, el acuerdo arbitral será nulo de pleno derecho (...)*.⁷⁴

Si se trata de una cláusula preparatoria, el objeto será el establecer un futuro acuerdo para resolver las controversias que ahí se especifiquen mediante el proceso arbitral. Por otro lado, si se trata de un convenio o un compromiso arbitral, el objeto consistirá en señalar el proceso arbitral como el medio para resolver determinado litigio.⁷⁵

Además del litigio, también puede ser objeto del acuerdo la constitución del órgano arbitral, las leyes aplicables y los procedimientos a seguir.

2. *Consentimiento*: Se trata de la expresión de que las partes están de acuerdo con el objeto. Se trata de la manifestación de la voluntad de las partes. La falta de consentimiento hace imposible que se perfeccione el acuerdo, puesto que no hay manifestación de su acuerdo para acudir al proceso arbitral.

⁷³ MEDINA, Op. Cit. Pág. 23.

⁷⁴ SILVA, Op. Cit., Pág. 67.

⁷⁵ IDEM, Págs. 67 y 68.

Si una parte no suscribió el acuerdo o este no cumple con los elementos que le dan existencia, el procedimiento arbitral no será válido, “*salvo que conforme a la ley pueda atribuírsele su aceptación...*”⁷⁶

La presencia de este elemento es de suma relevancia. Por la voluntad plasmada en el acuerdo arbitral de someterse al procedimiento de arbitraje, la parte queda sujeta a él en las controversias que abarque y en los términos que señale. En cierto modo, ha desistido voluntariamente de acudir a los tribunales nacionales para resolver ésta controversia.

Debemos notar que hay una excepción a la regla. Es cierto, la cláusula compromisoria únicamente obliga a quienes la firmaron. Sin embargo, hay ciertos casos en donde hay una relación entre sociedades globales (sociedades madre) que dividen sus operaciones entre diversas personas morales (sociedades hijas). Alejandro Ogarrío afirma que mientras usen el nombre de la sociedad madre dentro de su razón social, aunque la empresa no sea parte firmante de la cláusula arbitral, puede ser obligada por la misma, *como consecuencia de su organización corporativa y sus vínculos accionarios o contractuales con la empresa que firmó la cláusula compromisoria (...)*.⁷⁷

⁷⁶ MEDINA, Op. Cit. Pág. 17.

⁷⁷ OGARRIO, Alejandro, *El procedimiento arbitral*, en Arbitraje comercial internacional del compilador Leonel Pereznieta Castro, Op. Cit. Pág. 88

2.2.5.3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

La validez del acuerdo arbitral es importante puesto que es el fundamento del procedimiento arbitral. De ésta, deriva la competencia del árbitro para que pueda resolver la controversia. Debe estar y permanecer durante todo el procedimiento, de lo contrario *en diversos momentos puede intentarse la acción u oponerse la excepción de nulidad del acuerdo arbitral, ante los árbitros o el juez, y la del laudo, con base en la nulidad del acuerdo ante el juez competente (...).*⁷⁸

1. *Forma:* El acuerdo, debe ser por escrito o por medio de un canje de notas o telegramas, según la Convención de Nueva York. La convención de Panamá agrega otros dos medios: cartas o télex.⁷⁹ Se pide como elemento de validez que el acuerdo esté por escrito para evitar un litigio que cuestione su existencia física.⁸⁰ Este requisito es tan flexible, ya que para la validez del acuerdo no es indispensable que

⁷⁸ IDEM, Op. Cit. Pág. 26.

⁷⁹ Según la CIAC, el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. La Convención de Nueva York, establece que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que puedan o hayan surgido. Por acuerdo por escrito, se entenderá una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes, o contenido en un canje de notas o telegramas. El Código de Comercio señala que el acuerdo deberá constar por escrito y señala cartas, télex, telegramas, facsímil y otros medios de telecomunicación, lo importante es que dejen constancia del acuerdo o el intercambio de escritos de demanda y contestación en donde no se niegue la existencia de dicho acuerdo. El artículo 80 dispone que *la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.*

Rubén Santos en *Arbitraje Comercial Internacional*, afirma que la lista de medios para el intercambio de acuerdos no es exhaustiva sino que debe considerarse como válido cualquier otro medio de comunicación que permita el canje de documentos entre las partes.

⁸⁰ SANTOS, Op. Cit. Pág. 56.

se de mediante el intercambio del mismo tipo de documentos, por ejemplo, el oferente puede enviar un telegrama y recibir un facsímil del aceptante.⁸¹

Sin embargo, sí resulta indispensable que al tratarse de intercambio de documentos, el aceptante exprese su voluntad de someterse a la propuesta que le fue enviada originalmente, sin modificaciones.

En ciertas legislaciones hay la exigencia de que el acuerdo arbitral se haga en escritura pública o se registre. Cabe destacar que en nuestro país no se exige el requisito de la escritura pública del acuerdo arbitral, dado que el Código de Comercio en su artículo 1423 sólo impone el requisito de que sea por escrito.⁸²

Medina afirma que el acuerdo puede resultar válido cuando de manera implícita por el intercambio de escritos de demanda y contestación una parte afirme la existencia del acuerdo y la otra no lo niegue.⁸³

En cambio, no se requiere que la aceptación se haga por escrito, puede ser verbal, a excepción de lo expresamente pactado en algunos tratados internacionales.⁸⁴

⁸¹ IDEM, Pág. 62.

⁸² Artículo 1423 del Código de Comercio: *El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil 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 afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 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.*

⁸³ MEDINA, Op. Cit. Pág. 22.

2. *Objeto, motivo o fin lícito*: Se trata de que exista la posibilidad legal de someter el litigio a un procedimiento arbitral. Los litigios pueden ser arbitrables o no por disposición de la ley⁸⁵ o tratados y/o por disposición de las partes.

2.1 *Materia arbitrable por disposición de la ley*: Para que el acuerdo arbitral sea válido, debe conocerse la postura del Estado acerca de las controversias que se pretenden resolver por medio del arbitraje, puesto que en ocasiones, el mismo Estado no permite que ciertas controversias sean resueltas por medio de procesos arbitrales.⁸⁶ Se trata de asuntos donde la competencia judicial de los tribunales es exclusiva.

Sin embargo, aquí existe un conflicto, puesto que en muchas legislaciones –como es el caso de la mexicana- no se encuentra definida con exactitud la arbitrabilidad.

2.2 *Materia arbitrable por disposición de las partes*: Las partes, pueden convenir en llevar a arbitraje ciertas cláusulas de un contrato y otras no. Evidentemente, será materia no arbitrable las cláusulas cuyas

⁸⁴ Por ejemplo, el TLCAN, el artículo 1121 señala que tratándose de arbitrajes relativos a inversiones, el inversionista que pretenda demandar, antes de presentar su demanda deberá avisar a su contraparte acerca de su deseo de someterse a un procedimiento de arbitraje y este, deberá contestar, manifestando su consentimiento a sujetarse a dicho proceso y renunciar a los tribunales del estado, por escrito.

⁸⁵ La ley arbitral en México es el Título Cuarto del Código de Comercio, aplicable tanto al arbitraje nacional como al internacional (según reforma publicada el 22 de julio de 1993). (MEDINA, Op. Cit. Pág. 18)

⁸⁶ BRIERLY, L.L., La ley de las naciones, Editorial Nacional, México, 1950, Pág. 210.

controversias se resuelvan únicamente por la vía jurisdiccional a decisión de las partes, aún siendo materia arbitrable en la legislación estatal.⁸⁷

La arbitrabilidad del litigio se rige de acuerdo a la ley del lugar donde ha de ejecutarse el laudo *ya que este podrá ser sancionado con un no reconocimiento (...)*,⁸⁸ independientemente de que en la actualidad, los tribunales del lugar en donde se dictó el laudo verifican también la arbitrabilidad para decidir la nulidad del laudo.

3. *Ausencia de vicios de la voluntad*: No debe existir ningún tipo de presión alguna que lleve a las partes a someterse al arbitraje, deben decidir hacerlo libremente. Según el Código Civil para el DF., no debe mediar error, violencia o dolo. La intimidación, fuerza ó coacción, impiden la validez del acto.⁸⁹
4. *Capacidad de las partes comprometidas*: Las partes, deben ser capaces para poder pactar, de lo contrario, el acuerdo es inválido. *No es necesario que las partes pertenezcan a un Estado suscriptor del Convenio de Nueva York (...)*.⁹⁰

La convención de Nueva York y la de Panamá, regulan la ley aplicable a la capacidad de las partes en base a lo que designe la regla de conflicto del foro. Puede ser así la ley del domicilio, de la nacionalidad, la ley del lugar de constitución, etc.

⁸⁷ SILVA, Op. Cit. Pág. 83.

⁸⁸ IDEM, Pág. 99.

⁸⁹ IDEM, Op. Cit. Pág. 75.

⁹⁰ IBIDEM

En México, la capacidad de los compromitentes, en caso de ser personas físicas se establecerá atendiendo a la ley de su domicilio y en caso de ser personas morales, atendiendo al lugar de su constitución. *Si son varios los compromitentes, con diversos domicilios cada uno, entonces se deberá aplicar a cada compromitente la ley de su domicilio (...).*⁹¹

Según Rosenberg, las partes deben poder transigir sobre el objeto del litigio, esto significa, *que puedan disponer del objeto litigioso y que tengan la facultad de obrar de acuerdo con el derecho o que deben obrar con el consentimiento del representante legal o hacerlo éste en su lugar (...).* No importa si las partes o alguna de ellas no son comerciantes, el acuerdo arbitral no está restringido únicamente a los comerciantes *sino a cualquier persona aún cuando realice el acto de comercio de manera ocasional (...).*⁹²

Tanto la existencia como la validez del acuerdo se rigen por la ley elegida por las partes, según la Convención de Nueva York y la de Panamá.⁹³ El acuerdo arbitral deberá sujetarse a la ley elegida por las partes y en caso de no haber hecho la elección, de acuerdo a la ley del país donde se va a dictar al laudo.⁹⁴

⁹¹ IDEM, Pág. 99

⁹² IDEM, Pág. 77

⁹³ Los artículos 5 y 5a de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá coinciden al establecer que se puede negar el reconocimiento y ejecución de la sentencia si se prueba que el 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 Estado en que se haya dictado la sentencia.

⁹⁴ Artículo V de la Convención de Nueva York, inciso 1, a.
Artículo 5 de la Convención de Panamá, inciso 1,a

2.2.6.4 CLAUSULADO DEL ACUERDO ARBITRAL

El contenido del acuerdo arbitral, reviste gran importancia puesto que su sola existencia cambia el órgano que dictará el derecho (del jurisdiccional estatal al órgano arbitral), y lo hará mediante las disposiciones de las partes en él. Es relevante también, debido a que en él se consignan las distintas leyes a aplicar durante el procedimiento arbitral, y que en ciertos casos derivan en conflictos al contravenirse.

En primer lugar, es necesaria o indispensable la cláusula que *indica la designación del negocio o negocios que serán objeto o materia del arbitraje (...)*.⁹⁵ De no encontrarse señalada la materia arbitral, el convenio será nulo de pleno derecho es decir, es sancionado con la inexistencia.

La cláusula deberá determinar el derecho sustantivo y el adjetivo aplicables. El derecho sustantivo, es el utilizado para resolver la cuestión de fondo. También debe ser elegido por las partes en el acuerdo. De no hacerlo, el tribunal arbitral suplirá y seleccionará el derecho sustantivo⁹⁶ tomando en cuenta: *1. el lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, lugar de ubicación del objeto materia de la disputa, domicilio o nacionalidad de las partes o el lugar del negocio de los partes (...)*.⁹⁷

⁹⁵ SILVA, Op. Cit. Pág. 93.

⁹⁶ El código de comercio mexicano señala, en su artículo 1435, que a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere necesario. El derecho aplicable en materia comercial es el Título Cuarto sobre arbitraje de dicho código.

⁹⁷ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 98.

Debe decirse, que la ley que elijan por autonomía de la libertad las partes, no debe ser violatoria de las leyes del foro o atentar contra las instituciones de orden público del Estado donde se lleve a cabo el arbitraje porque el laudo que resultase del procedimiento arbitral, sería fácilmente recurrible en un procedimiento de nulidad en dicho foro.

Así mismo, deberá hacerse la elección del tipo de arbitraje, entre el institucional y el arbitraje ad hoc. En caso de ser arbitraje institucional, deberá utilizar el patrón o modelo de cláusula arbitral que se utilice en dicha institución.⁹⁸ Con ésta elección, se designa la regulación a aplicar al procedimiento del arbitraje, teniendo en cuenta que siempre la *lex arbitri*, es supletoria en caso de lagunas de la regulación que se haya escogido.

La designación del lugar sede del arbitraje es de suma importancia. Aparte de la supletoriedad de su *lex arbitri* para cuestiones de procedimiento no fijadas por las partes, es la base para la competencia del juez a que deberá recurrirse en los casos en que las reglas y la ley aplicable permiten la intervención judicial, por ejemplo, de solicitarse, en sus tribunales se llevará a cabo el procedimiento de nulidad. Existe otro elemento relevante a tomar en cuenta: *El laudo, se entiende rendido por los árbitros en el lugar de arbitraje (...).*⁹⁹

En segundo lugar, se encuentran las cláusulas opcionales o facultativas. Las partes pueden especificar el número de árbitros, el procedimiento para la designación o sustitución

⁹⁸A manera de ejemplo, se cita el modelo de cláusula arbitral propuesto por la CCI: *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* (http://www.jurisint.org/pub/03/sp/F_9870.htm).

⁹⁹ MEDINA, Op. Cit. Pág. 25.

de árbitros, el idioma y el lugar de arbitraje, la duración del procedimiento y el tipo de fallo a seguir (de estricto derecho o en conciencia¹⁰⁰).

2.3 LEYES NACIONALES E INTERNACIONALES APLICABLES AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La regulación jurídica aplicable al arbitraje vigente en México, puede encontrarse en instrumentos nacionales e internacionales. El marco normativo se encuentra integrado por fuentes de derecho convencional internacional, fuentes de derecho interno legislado y fuentes del *ius mercatorum* y la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

2.3.1 REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE Y DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

A continuación, se analizará la base jurídica internacional y nacional para la celebración de tratados internacionales que contengan los procedimientos de arbitraje de los que emanan los laudos cuyas causas de no ejecución es el objeto del presente estudio. La base jurídica internacional para celebrar tratados internacionales se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰¹ que en el artículo 26 establece que todo tratado entrado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena

¹⁰⁰ VID SUPRA Pág.29, “Arbitraje en equidad y en derecho”.

¹⁰¹ Firmado el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

fe (pacta sunt servanda), de lo contrario se origina responsabilidad internacional. Los estados, quedan obligados a su aplicación y son responsables de “acomodar” su derecho interno para poder aplicar los tratados.

El fundamento jurídico constitucional que existe para reconocer el alcance de los tratados internacionales se encuentra en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁰² El artículo 89 fracción X faculta al Presidente de la República para “dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”. El artículo 8 de la Ley sobre Celebración de Tratados, permite la existencia de mecanismos internacionales de solución de controversias.¹⁰³ Por último, una vez ratificados los tratados y publicados en el Diario Oficial de la Federación, su aplicación será automática a todos los casos.

Las convenciones que establecen procedimientos arbitrales y a las que se aboca la presente investigación son:

¹⁰² Artículo 133 Constitucional: *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 la aprobación del Senado, serán 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 de los Estados.*

¹⁰³ Artículo 8 de la Ley sobre Celebración de Tratados: *Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado, la Federación o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeros u organizaciones internacionales, deberá: I) otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional; II) asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y III) garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.*

1. *Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, conocida como “Convención de la ONU” o “Convención de Nueva York”.¹⁰⁴

Las disposiciones de esta Convención no afectan la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias que hayan firmado los Estados contratantes. La Convención en cambio, deja sin efectos el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras para todos sus Estados contratantes.

*La Convención de Nueva York, otorga de manera efectiva a los estados y a las partes, igual oportunidad para buscar y obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (...).*¹⁰⁵ Es considerada por algunos como el pilar gracias al cual se ha desarrollado el arbitraje comercial internacional.¹⁰⁶

Su importancia, recae en el hecho de que obliga al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros eliminando el doble exequátur y proporcionando los criterios de revisión por los que puede negarse la ejecución, no renunciables ni por el acuerdo de las partes. Sin embargo, como se apreciará en el siguiente capítulo, puede mejorarse para otorgar mayor certeza sobre la ejecución del laudo definiendo con más precisión los criterios de revisión a los que se sujetan los laudos arbitrales extranjeros.

¹⁰⁴ México se adhirió a la convención de Nueva York en 1971, gracias a la actuación de la Sección Mexicana de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, sección formada en 1968 que gestionó para que el senado aprobara y suscribiera dicha convención.

¹⁰⁵ DELAUME, Georges R., *Recognition and enforcement of state contract awards in the United States: a restatement*, The American Journal of International Law, 1996. Consultado en la base de datos Jstor.

¹⁰⁶ WANG, Op. Cit.

Otro conflicto que existe con respecto a la Convención de Nueva York, es que si bien obliga al reconocimiento y ejecución de laudos, la efectividad final –la ejecución forzosa del laudo- dependerá de las cortes nacionales que aplican la legislación del foro para resolver sobre cuestiones de orden público, arbitrabilidad, etc. Los casos que la convención menciona para el no reconocimiento y ejecución son sólo condiciones bajo las cuales puede justificarse un no reconocimiento y ejecución del laudo. Sin embargo, la decisión de esto la toman las cortes nacionales que actúan bajo idiosincrasia y tradición jurídica propias de cada país y que indiscutiblemente influyen en la decisión de reconocer y ejecutar el laudo.¹⁰⁷

La convención, también tiene el logro de garantizar que a los laudos arbitrales extranjeros no se les impondrán más requisitos o condiciones más rigurosas que a los laudos arbitrales domésticos.¹⁰⁸ Lo anterior significa dos posibilidades. Si bien la Convención habla de “condiciones más rigurosas”, pudieran imponer las mismas condiciones que a los laudos nacionales o menos condiciones.

Otro elemento interesante, es la simplificación del proceso para ejecutar laudos arbitrales extranjeros. Basta con que la parte que solicite el procedimiento presente los requisitos estipulados por la Convención. Deberá acompañar con la demanda: el original autenticado de la sentencia y el original del acuerdo arbitral. En caso de no contar con los

¹⁰⁷ PARK, William, *The Specificity of International Arbitration: the Case for FAA Reform*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, The Vanderbilt University School of Law, 2003. Consultado en la base de datos Lexis Nexis.

¹⁰⁸ Artículo III de la Convención de Nueva York.

originales, podrán ofrecer copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.¹⁰⁹

Si la sentencia o acuerdo estuviere redactado en idioma diferente al oficial del país que se invoca la parte que pide el reconocimiento y ejecución, deberá presentar su traducción a ese idioma. Esta deberá ser certificada por un traductor oficial, un traductor jurado o por una agente diplomático o consular.¹¹⁰

Pese a las fallas anteriormente señaladas, debe reconocerse que con la Convención de Nueva York, los laudos se han tornado sencillamente ejecutables. Con un espíritu completamente a favor del arbitraje, señala sólo casos específicos bajo los cuales puede no ejecutarse un laudo, estos casos son analizados al detalle en el siguiente capítulo.

De la misma manera, da firmeza al principio de la definitividad del laudo arbitral sobre el fondo de la sustancia¹¹¹ que sólo puede ser cuestionado bajo los criterios de revisión que la misma Convención establece y que van enfocados a proteger a las partes contra abusos del tribunal arbitral.

Como su nombre lo indica, la Convención se aplica al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tenga origen en las

¹⁰⁹ Artículo IV, 1 incisos a y b de la Convención.

¹¹⁰ Artículo IV, 2 de la Convención de Nueva York.

¹¹¹ IVANOVA, Pelagia, *Forum non conveniens and personal jurisdiction: procedural limitations on the enforcement of foreign arbitral awards Under the New York Convention*, Boston University Law Review, Boston University, 2003. Consultado en la base de datos Lexis Nexis.

diferencias entre personas naturales y jurídicas. Así mismo se aplica a las sentencias arbitrales que no sean consideradas sentencias nacionales en el estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.¹¹² Estas últimas se refieren a las que son elaboradas en el territorio del Estado, pero con algún elemento extranjero, sea alguna de las partes, el lugar donde se encuentra el objeto del litigio, la ley sustantiva o adjetiva que se aplicó, etc.

Al redactarse la Convención, se elaboraron dos reservas que los estados podían adoptar al momento de ratificarla. Estas son la reserva de reciprocidad y sobre la materia arbitral.

La primera, se refiere a que los Estados que hagan la reserva de reciprocidad, sólo quedan obligados a reconocer/ejecutar los laudos arbitrales extranjeros que provengan de estados signatarios de la Convención de Nueva York.¹¹³ De no haberla realizado, se obligan a reconocer/ejecutar todos los laudos arbitrales extranjeros, con arreglo a la Convención y con independencia de si el laudo proviene de un estado contratante o no.

La segunda reserva, se refiere a la materia de los laudos arbitrales extranjeros. Los países, podrían hacer la reserva de sólo obligarse a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros sobre materia comercial.¹¹⁴

¹¹² Artículo I, de la Convención de Nueva York.

¹¹³ Artículo I, 3 de la Convención de Nueva York: *En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente (...).*

¹¹⁴ Artículo I, 3 de la Convención de Nueva York: *En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado (...) podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.*

En el año de 1971 México se adhiere a la Convención, sin ninguna reserva por lo cual debe aplicarla tanto a asuntos considerados comerciales por la legislación interna como a cuestiones no comerciales. Tampoco hizo la reserva de reciprocidad lo que significa la aplicación de la Convención, incluso con respecto de laudos provenientes de Estados no partes de la misma.¹¹⁵

Una de las obligaciones principales de los Estados contratantes es que deberán asegurarse de que sus cortes remitan a las partes a los procedimientos arbitrales que son válidos, reconocer el acuerdo arbitral,¹¹⁶ aceptar la autoridad del laudo arbitral y conceder la ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el es invocado, sin revisar la sustancia del litigio. Esto, representa un avance sobre todo cuando antes se sujetaba al laudo a un escrutinio sobre la sustancia del asunto en el foro donde se pedía su ejecución.

Con la Convención, se establece *un sistema fundado en la concepción de que la sentencia constituye un título al que debe darse pleno valor, estableciendo la presunción de que la sentencia es obligatoria para las partes y dejando la carga de la prueba en contra de esa presunción a la parte que objete la ejecución del laudo (...)*¹¹⁷ quien deberá demostrar ante la autoridad competente las causales que la misma Convención enumera en su artículo V, causales de no ejecución que serán analizadas más adelante con detalle.¹¹⁸

¹¹⁵ La Convención de Nueva York fue promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971; momento a partir del cual entro en vigor según las normas del derecho mexicano.

¹¹⁶ Artículo II, 1 de la Convención de Nueva York.

¹¹⁷ SIQUEIROS, Op. Cit. Pág. 71.

¹¹⁸ Artículo V de la Convención de Nueva York.

2. En 1976, entró en vigor para México la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*,¹¹⁹ conocida como Convención de la OEA o como Convención de Panamá. Su objetivo: resolver los problemas jurídicos más importantes que se suscitan en el arbitraje internacional en la región interamericana. Dirigida, a los estados miembros de la OEA.¹²⁰

Apegada a los principios de la Convención de Nueva York, la Convención Interamericana de 1976 y sin otorgar definición acerca del término “comercial”, establece los elementos de validez del acuerdo arbitral,¹²¹ el compromiso de designación y las características que deben reunir los árbitros, estableciendo que pueden ser nacionales o extranjeros,¹²² autorizando a la CIAC para su nombramiento a falta de acuerdo, las reglas del procedimiento arbitral internacional, disponiendo la aplicación supletoria del Reglamento de Arbitraje del CIAC por falta de acuerdo o disposición al respecto,¹²³ las características del laudo especialmente su obligatoriedad y su efecto de sentencia ejecutoriada o cosa juzgada y los motivos por los cuales puede considerarse cosa juzgada, etc.¹²⁴

¹¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1976.

¹²⁰ Artículo 7 de la Convención de Panamá.

Su importancia, se encuentra en el hecho de que no todos los miembros de la OEA son parte de la Convención de Nueva York. México, Chile, Cuba, Ecuador y Trinidad y Tobago son países americanos miembros de la OEA que se han incorporado a ambas convenciones. Por su parte, países como Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay, son parte de la Convención de Panamá.

¹²¹ El artículo 1 de la Convención de Panamá, establece la obligación de que el acuerdo sea por escrito y la controversia tenga carácter mercantil.

¹²² Artículo 2 de la Convención de Panamá, establece, aparte la facultad de que un tercero nombre al árbitro.

¹²³ Artículo 3 de la Convención de Panamá.

¹²⁴ Es de destacarse que la Convención de Panamá otorga el carácter de supletoriedad en las decisiones al CIAC. No existe una disposición parecida en la Convención de Nueva York, en la que se entiende que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral o la institución arbitral decide y si no existiera acuerdo, se recurriría a los tribunales nacionales.

Determina, que el laudo arbitral debe ser definitivo y no impugnabile según la ley o reglas procesales aplicables del país donde se dictó. Su ejecución y reconocimiento, podrán exigirse de la misma manera que las sentencias dictadas por tribunales nacionales y extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecute y de conformidad con los tratados internacionales.¹²⁵

Así mismo, establece en su artículo 5 las causales por las que se negará el reconocimiento o ejecución del laudo. Estas, coinciden con las de la Convención de Nueva York.¹²⁶

3. ***Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional.*** Aunque ésta Convención no aplica de manera directa a México, es relevante puesto que algunos laudos cuyo reconocimiento y ejecución se buscan en México son realizados bajo sus lineamientos.

La Convención fue suscrita en la ciudad de Ginebra el 21 de abril de 1961, bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 2 de enero de 1964 con excepción de los párrafos 3 a 7 del artículo IV, que entraron en vigor el 18 de octubre de 1965. Su objetivo: promover el desarrollo del comercio europeo eliminando en lo posible las dificultades que entorpecen la organización y funcionamiento del arbitraje comercial internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de los distintos países europeos.

¹²⁵ Artículo 4 de la Convención de Panamá.

¹²⁶ Ambas, serán analizadas a profundidad en el siguiente capítulo.

La convención se aplica, según su artículo I, a las convenciones de arbitraje concluidas para el arreglo de los litigios originados en operaciones de comercio internacional en donde las partes tengan su residencia habitual o sede en el territorio de diferentes estados contratantes y a los procedimientos y sentencias arbitrales fundadas en dichas convenciones. En su artículo II, otorga capacidad a las personas morales de derecho público, denominadas así en la ley que les es aplicable, para concluir convenciones de arbitraje.¹²⁷

Prevé la intervención judicial cuando exista una excepción derivada de la existencia de una convención de arbitraje y presentada ante la autoridad judicial. *El juez actuante podrá no reconocer la convención de arbitraje si según la lex fori el litigio no es susceptible de arbitraje (...).*¹²⁸

El artículo IX estipula que la anulación de la sentencia en un Estado contratante no constituye causa para negar su reconocimiento o ejecución en otro Estado contratante, a menos que la anulación provenga del Estado en donde se dictó la sentencia. Las causas por las cuales las sentencias son anuladas, son las mismas que las de la convención de Nueva York.

¹²⁷ La misma convención, en su artículo 1, 2 a, define a “Convención de arbitraje” como la cláusula compromisoria insertada en el contrato, como el compromiso, el contrato o compromiso firmados por las partes, contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipo y en las relaciones entre países cuyas leyes no impongan la forma escrita para las convenciones de arbitraje, cualquier convención concluida en las formas previstas por dichas leyes.

¹²⁸ DÍAZ, Luis Miguel, Arbitraje: Privatización de la justicia, 2da edición, Editorial Themis, México, 1998, Pág. 176.

4. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Se trata de la Comisión ONU que ha celebrado congresos y conferencias con el objetivo de unificar el Derecho Mercantil. El 28 de abril de 1976, aprueba el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL y el 21 de junio de 1985, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹²⁹ Surge principalmente del objetivo ONU de promover la unificación legislativa, en este caso en materia comercial-arbitral.

Desde su presentación, la Ley Modelo UNCITRAL, *ha recibido varias aplicaciones ya sea en arbitrajes institucionales o en arbitrajes ad hoc (...).*¹³⁰

El reglamento, tiene un carácter facultativo, pues sólo se someten a él los arbitrajes donde las partes lo hayan así señalado por escrito. Existe la corriente doctrinaria de considerar no sólo el tácito sometimiento a la Ley Modelo de la UNCITRAL de las partes, sino también cuando expresen que se someten a los “principios generales de ley”, a la “lex mercatoria” o en los casos en los que es imposible establecer la ley del procedimiento aplicable se puede utilizar la Ley Modelo UNCITRAL.¹³¹

¹²⁹ Debe aclararse que UNCITRAL, no es bajo ningún aspecto una institución arbitral porque no administra arbitrajes.

¹³⁰ MARRELLA, Fabrizio, *The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, The Vanderbilt University School of Law, 2003. Consultado en la base de datos Lexis Nexis.

¹³¹ IDEM

Incluye un modelo de cláusula compromisoria.¹³² Establece el cómputo de plazos, la notificación del arbitraje,¹³³ la posibilidad de que las partes comparezcan por sí o representadas,¹³⁴ la manera de hacer el nombramiento de árbitros, cómo se formará el órgano arbitral, su recusación y sustitución.¹³⁵

La sección III establece las generalidades del procedimiento arbitral, tal como el lugar, idioma del arbitraje, la demanda de arbitraje y su contestación, la audiencia, las pruebas, los peritos, etc. La sección IV habla específicamente del laudo, señalando cómo se llevará a cabo su votación,¹³⁶ la facultad del tribunal de dictar laudos finales, parciales e interlocutorios y la necesidad de que el órgano arbitral firme, funde y motive el laudo y la opción de las partes para sacarlo a la luz pública o conservar su confidencialidad.¹³⁷

El Reglamento, establece en su artículo 33, que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan designado para resolver el fondo del litigio. Si las partes no indican dicha ley, el tribunal arbitral utilizará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. Por último, contiene disposiciones sobre la interpretación del laudo, su rectificación, y lo que deberán incluir las costas.

¹³² La cláusula compromisoria UNICITRAL es: *todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.* (<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>)

¹³³ Artículo 3 del reglamento UNICITRAL.

¹³⁴ Artículo 4 del reglamento UNICITRAL.

¹³⁵ Artículos 5-14 del reglamento UNICITRAL.

¹³⁶ Artículo 31. 1. “*Cuando haya tres árbitros, todo laudo u otra decisión del tribunal arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros. 2. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, éste podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral.*”

¹³⁷ Artículo 32 del Reglamento UNICITRAL.

La ley Modelo de UNICITRAL sobre arbitraje comercial tiene un carácter orientador y establece lineamientos generales con la intención de que sean recogidos por los legisladores nacionales y unifiquen las normas correspondientes al arbitraje. Distingue entre arbitrajes nacionales y extranjeros, permite que las partes acuerden las reglas sobre el procedimiento y establece el papel del órgano arbitral como supletorio para decidir el derecho aplicable, quien designará las leyes del país en donde se lleva a cabo el arbitraje.

Regula todas las etapas del proceso arbitral, definiendo las reglas del procedimiento y se incluyen los lineamientos básicos que debe satisfacer la demanda, la contestación, reconvención, pruebas, transacción y el laudo.

La Ley Modelo UNICITRAL adquirió relevancia para nuestro sistema jurídico debido a que en 1993 el Presidente de la República, presentó una propuesta para reformar el Código de Comercio. La propuesta básicamente adaptaba el ordenamiento nacional a la Ley Modelo UNICITRAL.¹³⁸

2.3.2 EL DERECHO ARBITRAL MEXICANO

Debe señalarse que ésta regulación *no son instrumentos internacionales (...) se trata de cuerpos legales expedidos por un legislador interno dirigidos a regir la conducta*

¹³⁸ VID INFRA, Pág. 69, Nota al pie #150.

*interna, pero no debe perderse de vista que a la vez son normas del Derecho Público instrumental de proyección internacional (...).*¹³⁹

Hasta hace relativamente pocos años el derecho que regula el arbitraje comercial en la legislación mexicana no había tenido un desarrollo verdaderamente trascendente. Lo anterior, impedía que México fuera considerado un lugar atractivo para designarlo sede de arbitrajes. En los últimos tiempos, ha existido en México una tendencia a revisar y modificar la legislación interna en materia de arbitraje.¹⁴⁰

En los distintos ordenamientos jurídicos que conforman el derecho mexicano, pueden encontrarse los lineamientos que dan forma al proceso de arbitraje, tales como la capacidad de las partes, el acuerdo arbitral, el procedimiento arbitral, el fondo del asunto y el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Estos temas se encuentran en: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales, el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles y en las legislaciones estatales.

1. ***Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:*** Siendo la base de nuestro sistema jurídico, dispone que *el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión en los casos de la competencia de éstos y por lo de los estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la propia Constitución Federal y por las particulares de los estados, las que en ningún caso pueden contravenir las del Pacto*

¹³⁹ MELENDO Sentis, Santiago, *La sentencia extranjera, El exequátur*, Ediciones Jurídicas Europa – Américas, Argentina, 1958.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ, Carlos, Op. Cit. Pág. 218.

Federal (...).¹⁴¹ El Supremo Poder de la Federación se divide en legislativo, ejecutivo y judicial.¹⁴²

En lo que respecta a la función jurisdiccional, está concebida como un medio para mantener el orden jurídico. Su ejercicio, presupone un conflicto de derecho cuya resolución no puede dejarse a las partes. El procedimiento de resolución, previo, constituye una garantía para las partes en el conflicto. La sentencia que se dicte con carácter definitivo, termina el conflicto ordenando la restitución y el respeto al derecho transgredido.

El arbitraje, tiene cabida dentro de el sistema constitucional ya que –como señala Carlos Rodríguez en su obra *México ante el arbitraje comercial internacional*- no existe violación al orden jurídico constitucional puesto que el arbitraje resulta de un acuerdo de voluntades entre las partes que concluye con un laudo que por sí solo no tiene fuerza para su cumplimiento, siendo necesaria la intervención del órgano jurisdiccional estatal para poderlo ejecutar.

La utilización del arbitraje sólo extingue la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del asunto en tanto las partes lo acuerden en el convenio arbitral. Así mismo, en cualquier procedimiento arbitral válido, se observan las formalidades esenciales del procedimiento. El arbitraje no va en contraposición con lo establecido en el texto constitucional, ya que en todo momento mantiene los principios de la igualdad de las partes y de acuerdo a lo estipulado por las partes, se aplicarán las disposiciones legales generales y

¹⁴¹ Artículo 41 Constitucional.

¹⁴² Artículo 49 Constitucional.

se respetarán las garantías individuales. De igual manera, si ambas partes están de acuerdo, pueden recurrir en todo momento al proceso jurisdiccional convencional.

Las normas contenidas en la Constitución atienden a la necesidad de que exista una regulación positiva que establezca las condiciones del funcionamiento del sector privado, en el entendimiento de que contribuirá a lograr los fines de desarrollo social del estado. En este sentido, es necesaria una buena legislación sobre arbitraje.¹⁴³ Constitucionalmente, el congreso tiene la facultad de legislar en materia de comercio.¹⁴⁴

Relacionado con el arbitraje, se encuentra el artículo 104 Constitucional, el cual señala la competencia concurrente.¹⁴⁵ *De éste artículo constitucional, se puede concluir que en materia de arbitraje por tratarse de leyes federales tanto el Código de Comercio como los tratados en esta materia de los que México es parte, existe una jurisdicción concurrente (...).*¹⁴⁶

¹⁴³ Art. 25 Constitucional: (...) *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 (...).*

¹⁴⁴ Art. 73 Constitucional: “*El congreso tiene la facultad (...) X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 (...).*”

¹⁴⁵ Art. 104 Constitucional: *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 sólo 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 (...).*

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 222.

Finalmente, el artículo 133 declara la supremacía normativa de la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los Tratados Internacionales.¹⁴⁷ Dentro de éstas tres categorías, quedan incluidos los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones regulatorias del arbitraje, así como los Tratados Internacionales sobre arbitraje en los que México es parte.

2. **El Código de Comercio**,¹⁴⁸ es considerado la *lex arbitri*¹⁴⁹ mexicana puesto que es el derecho supletorio en caso de que nuestro país sea designado lugar o sede del arbitraje. Es precisamente el artículo 1051 del Código de Comercio, el texto encargado de dar la posibilidad de acudir al arbitraje y reglamentar el procedimiento arbitral. En este caso, el procedimiento se regirá por el Libro Quinto, Título IV del mismo código.

El Código, rige tanto a los arbitrajes nacionales como a los internacionales cuando el lugar de arbitraje se encuentre dentro del territorio nacional, salvo lo que establezcan los tratados internacionales de que México forme parte o las leyes que designen un

¹⁴⁷ Art. 133 Constitucional: *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 que las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

¹⁴⁸ En 1989 se realizaron las primeras reformas sustanciales al Código de Comercio, las cuales sirvieron de base para que el 31 de mayo de 1993 el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari presentara ante el Congreso de la Unión una iniciativa para reformar el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles. Estas reformas, encaminaron a adecuar el Código de Comercio a las necesidades comerciales modernas adoptando dentro del texto del código la ley Modelo de la CNUDMI, la cual, regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo hasta el reconocimiento y ejecución del laudo. Con esto la legislación mexicana se renovó notablemente, puesto que para realizar la ley Modelo de la CNUDMI, se hizo una recopilación legislativa en materia de arbitraje comercial internacional, tomando en cuenta el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, la Convención de Nueva York, la Jurisprudencia arbitral de las últimas décadas, las leyes nacionales sobre arbitraje más vanguardistas las aportaciones de las instituciones de arbitraje que participaron como observadores. La reforma, fue aprobada el 22 de julio de 1993. (RODRÍGUEZ, Op. Cit. Págs. 229-231)

¹⁴⁹ La *lex arbitri* o *lex loci arbitri* es la ley que rige el procedimiento de arbitraje. Todas las cuestiones referentes al procedimiento y conducción del procedimiento arbitral se sujetan a la *lex arbitri*, por ejemplo, la forma de designación de los árbitros o las causas de su reacusación, entre otras. (WANG, Op. Cit.)

procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean materia arbitrable.

Así mismo, define conceptos como: acuerdo de arbitraje, arbitraje, arbitraje internacional¹⁵⁰, costas, gastos y honorarios¹⁵¹, tribunal arbitral¹⁵² y cómputo de plazos. Establece también la renuncia al derecho de impugnar cuando una parte no objeta –en un tiempo determinado o en el plazo fijado- que no se ha cumplido alguna disposición del Código de Comercio o del acuerdo arbitral y prosigue el arbitraje.

El Código de Comercio incluye también la posibilidad de que cuando se requiera intervención judicial -por ejemplo, solicitar medidas cautelares provisionales- será competente el juez de primera instancia federal (jueces de distrito en materia civil) o del orden común (juzgados de lo civil del fuero común) del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje y si este estuviera en el extranjero, sería el juez de primera instancia federal o del orden común competente del domicilio del ejecutado o el de la ubicación de los bienes.

¹⁵⁰ Acuerdo Arbitral: VID SUPRA, Pág. 36, Arbitraje: VID SUPRA Pág. 19, Arbitraje internacional: VID SUPRA Pág. 21, Nota al Pie #16.

¹⁵¹ El artículo 1416 del Código de Comercio, señala que las costas, honorarios y gastos del tribunal arbitral incluyen: los gastos de viaje de los árbitros, el costo de las asesorías periciales, los gastos de viajes de testigos aprobados por el tribunal, los honorarios de la institución arbitral, y el costo de representación de la parte vencedora, si así se estipuló y sólo en la medida en la que el tribunal arbitral decida razonable. Las partes pueden adoptar las reglas relativas a las costas de un reglamento de arbitraje. Los honorarios, deben ser de un monto razonable según el valor del negocio, complejidad, tiempo dedicado, etc. Por lo general, las costas serán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá dividir las entre las partes si juzga conveniente.

¹⁵² Artículo 1416 del Código de Comercio, Fracción V: Tribunal arbitral, el árbitro o árbitros designados para decidir una controversia.

En su artículo 1424, prevé la incompetencia de un juez para conocer de un litigio que sea objeto de un acuerdo de arbitraje cuando lo solicita cualquiera de las dos partes; si no existe ésta petición de inhibitoria, el juez no podrá promover la cuestión.¹⁵³

También fija la composición del tribunal arbitral, en sus artículos 1426 al 1431, dando a las partes la facultad de fijar libremente el número de árbitros y el procedimiento para su designación. Si no existe acuerdo en el número, será un solo árbitro y si falta acuerdo para la designación, a petición de alguna de las partes ésta será hecha por el juez. Salvo acuerdo en contrario, los árbitros pueden ser de cualquier nacionalidad.

En el artículo 1428, establece las causas de recusación del árbitro, que van de la mano con las circunstancias que pongan en duda su imparcialidad e independencia. Así mismo establece que una parte sólo podrá recusar al árbitro que nombró, por causas que haya conocido después de su designación.

Así mismo, señala la competencia y facultades del tribunal arbitral. Igualmente, regula la excepción cuando el tribunal arbitral se excedió de su mandato.¹⁵⁴

Sobre las actuaciones arbitrales, indica que deberán apegarse a los principios de igualdad y oportunidad de las partes para hacer valer sus derechos. Así mismo, otorga a las partes plena libertad para elegir el procedimiento que conducirá el órgano arbitral, el

¹⁵³ Artículo 1114 del Código de Comercio.

¹⁵⁴ Como lo indica el artículo 1432, ésta excepción deberá oponerse *tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato (...)*.

idioma y el lugar de arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje como considere adecuado.¹⁵⁵

3. *Código Federal de Procedimientos Civiles*: En su título V, denominado “Competencia en materia de ejecución de sentencias”, hace distinción en sus ordenamientos respecto de los laudos arbitrales comerciales y los que no lo son.¹⁵⁶ En primer lugar, el Código contiene una disposición en la cual señala materia no arbitrable. Se trata del artículo 568 que señala asuntos de los que sólo pueden conocer los tribunales nacionales, es decir, quedan excluidos de la arbitrabilidad.¹⁵⁷

El artículo 569 en su segundo párrafo, establece que cuando el laudo arbitral sólo vaya a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que llene los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico, sin tener que someterse a ningún procedimiento especial.

El artículo 573, señala como tribunal competente para ejecutar un laudo proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República.¹⁵⁸ Por disposición de este ordenamiento, el tribunal que resulte

¹⁵⁵ El procedimiento arbitral, a grandes rasgos, deberá reunir lo siguiente, en los plazos y términos que las partes fijen: 1. Presentación de demanda. 2. Contestación, en donde el demandado hará referencia a todo lo planteado en la demanda, teniendo la oportunidad de reconvenir. Si el demandado no contesta, en ningún caso se considerará una aceptación tácita de lo alegado por el acto en la demanda. 3. Desde la demanda, las partes tienen que aportar o hacer referencia a los documentos o pruebas que vayan a presentar. 4. Audiencia de pruebas y alegatos, si lo estipulan las partes o lo decide el tribunal arbitral. 5. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones.

¹⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 569, 570 y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹⁵⁷ VID INFRA, Pág. 163.

¹⁵⁸ Artículo 573 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

competente en ningún caso podrá revisar el fondo del asunto y motivaciones sino sólo su autenticidad y si debe ejecutarse.¹⁵⁹

Más adelante, se tratará el asunto referente a la ejecución parcial de los laudos. Basta ahora con mencionar que su fundamento se encuentra en el artículo 577 de este ordenamiento.¹⁶⁰

Ésta regulación, sirve también de marco para la substanciación del procedimiento de reconocimiento, ejecución y nulidad del laudo arbitral por medio de un incidente. El propio Código de Comercio, en sus artículos 1460 y 1463 remite al Código Federal de procedimientos civiles para estos casos.

Al efecto, el artículo 360 del mismo señala que una vez promovido el incidente, el juez correrá traslado a las partes por el término de tres días. Después y si el tribunal no solicita pruebas o las partes no las promueven, se citará para dentro de los tres días siguientes a una audiencia de alegatos. Si existieran pruebas, se abriría un periodo de 10 días y se llevaría a cabo una audiencia de desahogo de pruebas regulada por los artículos 342, 343 y 344 del Código. El tribunal dictará su resolución en los 5 días siguientes a la audiencia del desahogo de pruebas o a la de alegatos.¹⁶¹

¹⁵⁹ Artículo 575 del Código Federal de Procedimientos Civiles: *Ni el Tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional.*

¹⁶⁰ Artículo 577 del Código Federal de Procedimientos Civiles: *Si (...) un laudo (...) no pudiera tener eficacia en su totalidad, el tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.*

¹⁶¹ El procedimiento que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles para la homologación y nulidad de laudos, se encuentra detallado en el siguiente capítulo. (VID INFRA Pág. 97 “3.5 El exequátur”)

Como puede apreciarse, este ordenamiento jurídico regula básicamente aspectos referentes a la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo. Sin embargo, no cuenta con un Título especialmente dedicado al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales, lo que dificulta un poco el conocimiento de este proceso.

2.4 EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Cuando se habla del procedimiento arbitral, es necesario recordar la regla de oro del mismo, es decir, los dos principios rectores: las partes deberán ser tratadas con igualdad y deberán tener plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Estos principios, otorgan igualdad y oportunidad procesal a las partes, sin embargo, éstas no deben utilizarlas como tácticas para retardar el procedimiento, práctica que se ha vuelto común para argumentar la nulidad del laudo o retardar su reconocimiento/ejecución.

Ni las partes ni el tribunal arbitral, pueden suprimir estos principios por ningún medio, es más, deberán tomar todas las medidas para garantizarlo. De no hacerlo así, el laudo podría ser calificado como nulo o no ejecutable. En cumplimiento con los dos principios rectores del arbitraje, ni las partes ni los árbitros podrán otorgar privilegios a alguna, incluso en el supuesto poco probable de que las partes lo hubiesen convenido.

*El procedimiento arbitral inicia en stricto sensu, 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 (...).*¹⁶²

De manera general, las etapas indispensables en el procedimiento arbitral son: formación y aceptación del tribunal arbitral, demanda y contestación, etapa probatoria, medios de confirmación y el laudo o sentencia arbitral. *“Dentro del arbitraje, los procedimientos pueden ser tan distintos como las disputas que los ocasionan...”*¹⁶³

Deben distinguirse los procedimientos según se esté ante un arbitraje ad hoc o institucional. En el arbitraje ad hoc, las partes establecen la forma como se va realizar el procedimiento. Carlos Rodríguez recomienda que no se arriesguen a redactar sus propias reglas, sino mejor adopten algunas institucionales.

En caso de que las partes no fijaron un procedimiento específico o un conjunto de reglas a seguir, el procedimiento puede llevarse a cabo conforme a la *lex arbitri* ó los árbitros determinar su desarrollo (sin violar la *lex arbitri*, por supuesto).

En el último caso, se fijan plazos para la presentación y contestación de la demanda, así como de la posible reconvencción y contestación a la reconvencción. Se establece un periodo para ofrecer y desahogar pruebas, presentar alegatos y el último plazo que será la elaboración del laudo. Podrán establecer la oralidad de las actuaciones, o en su

¹⁶² RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 126.

¹⁶³ BRISEÑO, Op. Cit. Pág. 63.

defecto, que se lleven a cabo por escrito o un sistema mixto. Hay que recalcar que la *lex arbitri* es supletoria, en caso de omisiones.

Si las partes establecieron que el procedimiento se llevaría a cabo conforme las reglas de alguna organización o institución arbitral o incluso de algún código de procedimientos, entonces el tribunal arbitral se apegará a dicho cuerpo normativo y en lo no señalado por él, podrá tomar las decisiones pertinentes o conducirse como dicha legislación indique para tales casos.

Anteriormente, se ha mencionado que las partes pueden modificar ciertas reglas cuando participan en un arbitraje institucional. Sin embargo, resulta necesario aclarar que existen cuerpos de reglas procedimentales que aceptan que las partes modifiquen ciertos dispositivos, sin embargo, existen algunos que no permiten modificación.¹⁶⁴

La etapa probatoria del procedimiento arbitral, se sujeta a lo acordado por las partes: se permiten las pruebas que las partes hayan establecido o en su defecto, las que el tribunal arbitral estime convenientes o lo que indiquen las reglas institucionales.

La audiencia con las partes, se realizará sólo si se ha convenido en ello y en los términos que hayan establecido. Concluida la etapa probatoria y realizada la audiencia, el tribunal deberá resolver la litis por medio del laudo.

¹⁶⁴ Por ejemplo, cuando se realiza un arbitraje ante la CCI, es obligatorio que la Corte revise el laudo y aunque no puede ordenar modificaciones de fondo, sino sólo de forma, sí puede hacer observaciones al respecto al tribunal arbitral.

2.5 LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral es la *decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores, resolviendo un asunto sometido a su consideración (...)*.¹⁶⁵ Las dos características principales del laudo -definitividad y ejecutabilidad- son estudiadas a detalle en el siguiente capítulo.

El procedimiento arbitral termina con la decisión del tribunal arbitral que pone fin a la litis planeada. Existen tres tipos de laudo:

1. *Laudo final*: Pone fin al asunto resolviendo sobre las cuestiones de fondo. Se basa en las pruebas documentales, testimoniales y periciales presentadas por las partes.
2. *Laudo interlocutorio*: Se dicta sin poner fin al procedimiento y versa sobre cuestiones incidentales. Por ejemplo, se dicta un laudo interlocutorio que defina la competencia del tribunal para resolver la litis, o si operó la prescripción para ciertos actos.
3. *Laudo por acuerdo de las partes*: Cuando las partes llevan a cabo una transacción durante el procedimiento, es decir, llegan a un acuerdo que pone fin al conflicto, por medio de este laudo se pone fin al procedimiento.¹⁶⁶

Como requisito de forma en general, el laudo debe estar por escrito y debe tomarse por la mayoría de los integrantes del órgano arbitral. Si existiera empate, el presidente del

¹⁶⁵ PALOMAR De Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981, Pág. 776.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 129.

tribunal decidirá. De cualquier manera, deben constar las firmas de los integrantes del órgano o la explicación de su ausencia en el laudo.

Respecto al fondo, aparte de resolver la litis, el laudo deberá estar fundado y motivado, si se realizó un arbitraje en derecho. Si se optó por un arbitraje en equidad o en conciencia, no se requiere la motivación.

El laudo no sólo resuelve sobre la litis sino también sobre las costas del arbitraje y determina si serán a cargo por la parte que originó el conflicto, la que resultó culpable o si se prorratearán entre ambas. Como se ha mencionado con anterioridad, deberán incluir honorarios y gastos de la institución arbitral (arbitraje institucional), de los árbitros, peritos y los de las partes en cuanto a su defensa.

El laudo, se considera pronunciado en el lugar sede del arbitraje y en la fecha de firma del tribunal arbitral. Una vez dictado, se procede a notificar a las partes. Fallado el laudo, ya no puede modificarse en el fondo, solamente podrán hacerse modificaciones por cuestiones mecanográficas o de cálculo (numéricas).¹⁶⁷ En otras palabras, el laudo, surte efectos desde el momento en que se pronunció y se consideró definitivo. En el laudo, podrá también señalarse que surtirá efectos a partir de la relación causal, por ejemplo, desde que se firmó el contrato.¹⁶⁸

¹⁶⁷ IDEM, Pág. 130.

¹⁶⁸ SILVA, Op. Cit. Pág. 229.

La ejecución del laudo arbitral ya no es tarea de los árbitros, puesto que hay que recordar, que carecen de la facultad de imperio para hacerlo. Las partes deben cumplirlo de forma automática y de lo contrario, pueden acudir ante un juez (que sí cuenta con facultad de imperio) para solicitarle que reconozca el laudo y ordene su ejecución forzosa. Como regla general, ningún juez o tribunal, podrá examinar ni decidir sobre el fondo del fallo sino sólo sobre su autenticidad y ejecutabilidad.

A pesar de esta garantía de “poca revisión”, las partes no tienen certeza de que su laudo será ejecutado. Con la intervención de cuerpos legislativos diversos al cual decidió el asunto llegan las contradicciones entre ellos que desembocan en una no ejecución del laudo.

Por ejemplo, un asunto arbitrable en Italia podría no serlo en España, en este caso, si se intentase el reconocimiento en este país, la corte española con seguridad decidiría no reconocerlo. Nuestra postura, es que los países determinan los asuntos arbitrables y de orden público en base a su tradición y experiencia por lo que los unificarlos, sería muy difícil.

Creemos necesario y por ende proponemos que se señale con claridad en la legislación la materia no arbitrable en materia comercial, puesto que en muchos casos – como en nuestro país- no es clara la línea que divide cuestiones como la arbitrabilidad o el orden público dentro de las normas y es hasta que las partes han obtenido un laudo que no es reconocido, cuando ya han gastado recursos económicos y tiempo cuando la corte nacional decide que la litis versaba sobre asuntos no arbitrables o de orden público.

Si las partes conocen claramente que el asunto es no arbitrable o pertenece al orden público remitirán sus actuaciones a la corte desde un principio y habrán ahorrado recursos.

El procedimiento al que se sujeta el laudo para ser reconocido/ejecutado se lleva a cabo conforme a la ley aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales vigentes en el territorio donde se invoca para su ejecución. En nuestro país, nos referimos al Código de Comercio y al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Dicho procedimiento, así como el criterio de revisión del laudo, se encuentra detallado en el siguiente capítulo.

Durante este capítulo, se han abordado los aspectos más relevantes del arbitraje privado en materia comercial de carácter internacional. Con un panorama amplio, en el siguiente capítulo –y siguiendo el método deductivo- se acercará más al objeto de estudio al analizar el procedimiento de ejecución de un laudo y las causales de negación del mismo, para continuar, con la comprobación de la hipótesis de que las normas que intervienen en el proceso arbitral, complican la ejecución del laudo.