



México

PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

C A M E C I C

ARBITRAJE
COMERCIAL
INTERNACIONAL



México

International Chamber of Commerce

No. 36 Abril 2002

CARTA DEL PRESIDENTE

Ing. Guillermo Cadena Acevedo
Presidente ICC México

ARBITRATION IN FREE TRADE AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES: THE MEXICAN EXPERIENCE

Por: Dr. Claus von Wobeser
Presidente de la Comisión de Arbitraje de ICC México

LA PERSONA HUMANA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE NATURALEZA PRIVADA.*

Por: Dr. José Luis Siqueiros
Vicepresidente Comisión Arbitraje Internacional ICC México.

EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES

Por: Lic. Daniel Amézquita Díaz
Arbitro ICC México. Chevez, Ruiz y Zamarripa Cía.

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Por: Lic. César García Méndez
Arbitro ICC México. Bufete García Jimeno S.C.

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS

Por: Lic. Francisco González de Cossío
Arbitro ICC México. Barrera, Siqueiros y Torres Landa S.C.

ELEMENTOS DE CONTROL A PRIORI DEL LAUDO POR PARTE DEL ÁRBITRO

Por: Lic. Francisco Javier Gorjón Gómez
Miembro comisión arbitraje ICCMéxico. Universidad Autónoma de Nuevo León.

EL ARBITRAJE DE LA "WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANISATION – WIPO" EN EL SISTEMA DEL USO DE "DOMAINS" EN EL INTERNET

Por: Dr. Thomas Knaak
Arbitro ICC México

LA MEDIACIÓN CREATIVA

Por: Lic. Jesús Moreno Mendoza
Arbitro ICC México. Moreno Abogados S.C.

LA INSTITUCION DEL DISCOVERY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO.

Por: Dr. Leonel Pereznieta Castro
Arbitro ICC México. Von Wobeser y Sierra S.C.

COMMERCIAL ARBITRATION IN MEXICO

Por: Lic José Antonio Rodríguez Márquez.
Arbitro ICC México . Bufete Rodríguez Marquez S.C.

CLAUSULAS CONTRACTUALES QUE ESTABLECEN MECANISMO MIXTOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Por: Lic. Luis Demetrio Santos Jiménez.
Arbitro ICC México

LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LAS REGLAS DE LA IBA

Por: Lic. Rodrigo Zamora Etcharren
Arbitro ICC México. Zamora Pierce Abogados S.C.



PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

C A M E C I C

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL



CARTA DEL PRESIDENTE

Estimados Socios y Amigos:

En nombre del Consejo Directivo de ICC México, el cual me honro en presidir, me es grato presentar a usted el número 36 de "ICC México Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio", el cual incluye artículos de gran importancia, realizados por árbitros internacionales de la Cámara Internacional de Comercio y de la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional de ICC México.

Los temas incluidos en este ejemplar, son: La persona Humana y el Arbitraje Internacional de Naturaleza Privada por el Dr. José Luis Siqueiros Prieto. Vicepresidente Comisión Arbitraje Internacional; El Proceso de Mediación en las Controversias Comerciales Internacionales por el Lic. Daniel Amézquita, Aspectos Generales de las Medidas Precautorias en el Arbitraje Comercial Internacional por el Lic. Cesar García Méndez; Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros por el Lic. Francisco González de Cossío, Elementos de Control a priori del laudo por parte del árbitro por el Lic. Francisco Javier Gorjón Gómez; La mediación creativa. Lic. Jesús Moreno Mendoza; La Institución del discovery en el arbitraje comercial internacional en México, por el Dr. Leonel Pereznieta Castro; La prueba en el arbitraje comercial internacional y las reglas de la IBA. Por el Lic. Rodrigo Zamora Etcharren; Commercial Arbitration in Mexico por el Lic José Antonio Rodríguez Márquez; Cláusulas contractuales que establecen mecanismos mixtos de resolución de Controversias, por Lic. Luis Demetrio Santos Jiménez, El arbitraje de la "World Intellectual Property Organisation WIPO en el sistema del uso de domains en el internet, por Dr. Thomas Knaak, así mismo contamos con el artículo realizado por el Dr. Claus Von Wobeser, presidente de la Comisión de Arbitraje de ICC México y a quien reconocemos públicamente por su excelente desempeño al frente de esta comisión.

Tenemos la seguridad que los presentes artículos serán de interés y gran utilidad para usted y su empresa; por lo que les invitamos a todas las partes que deseen recurrir al arbitraje de la CIC, a que incluyan la cláusula modelo en sus contratos, recordando la conveniencia de indicar, en la cláusula de arbitraje, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje. Recordemos que el reglamento de arbitraje de la CIC no limita la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable, la sede del arbitraje y el idioma del proceso arbitral.

ICC México se reitera a sus órdenes para ofrecer a usted, los beneficios que ofrece esta Organización Mundial de las Empresas, para apoyarlos en el conocimiento y utilización del Arbitraje Comercial Internacional y la normatividad del Comercio.

Cordialmente,

Ing. Guillermo Cadena Acevedo
Presidente

ÍNDICE

ARBITRATION IN FREE TRADE AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES: THE MEXICAN EXPERIENCE.....	5
1. Introduction	5
2. NAFTA investment arbitration mechanism	6
3. Bilateral Investment Treaties (Bits).....	12
4. Conclusions.....	14
LA PERSONA HUMANA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE NATURALEZA PRIVADA.....	15
1.-La persona humana	15
2.- Los derechos humanos y las garantías judiciales.....	16
4.- Distintos tipos de arbitraje.....	18
5.-El Arbitraje y la Jurisdicción Judicial.....	18
6.-El Arbitraje entre Estados respecto de Negocios Jurídicos Internacionales de Naturaleza Privada.....	19
7.-La solución de controversias de carácter privado en los acuerdos regionales.....	19
8.-Conclusiones.....	20
EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES.....	21
Introducción.....	21
Definición	21
El mediador.....	22
Etapas del procedimiento de mediación.....	22
a) Contacto inicial entre mediador y participantes.....	23
b) Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos.....	23
c) Obtener información del litigio, identificando las pretensiones de los participantes	24
d) Incentivar la elaboración de diversas opciones.....	24
e) Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes / f) Elaborarles el convenio de solución así como los procedimientos para implementarlo.....	24
ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....	25
INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS.....	28
1.- Introducción.....	28
2.- Independencia e Imparcialidad.....	28
3.- Ambito de este Estudio	30
4.- Reglamentos Arbitrales.....	30
5.- Leyes Arbitrales	34
a) Estados Unidos de América	34
b) Francia.....	36
c) Suiza.....	36
d) Inglaterra	37
6.- México.....	37
a) Independencia e Imparcialidad en Derecho Arbitral Mexicano.....	38
b) Apariencia de Imparcialidad.....	38
c) Postura Contra la Adopción de la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad.....	39
d) Precauciones al Adoptar la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad	40
7.- Recomendaciones Prácticas	40
a) Principio.....	40
b) Factores que Descalifican.....	41
c) Factores que no Descalifican	41
d) Factores que deben Analizarse.....	41
e) Comunicaciones con el Tribunal.....	41
8.- Comentario Final	42
ELEMENTOS DE CONTROL A PRIORI DEL LAUDO POR PARTE DEL ÁRBITRO.....	43
EL ARBITRAJE DE LA "WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANISATION – WIPO" EN EL SISTEMA DEL USO DE "DOMAINS" EN EL INTERNET.....	45
1. Introducción.....	45

2. Reglamento de arbitraje.....	45
3. Procedimiento de la Corte de Arbitraje de la WIPO	45
4. Conclusiones	46
LA MEDIACIÓN CREATIVA	47
Soluciones creativas.	47
Proceso Creativo.....	48
Procedimientos Usuales de Mediación.....	49
Conclusión.....	49
LA INSTITUCION DEL DISCOVERY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO.....	50
COMMERCIAL ARBITRATION IN MEXICO.....	53
I. Introduction.....	53
II. Antecedents of Commercial Arbitration in Mexico	53
III. Reasons for Mexican Commercial Arbitration Provisions in the Commercial Code Currently in Effect.....	54
IV. Commercial Arbitration Provisions	55
a) General Provisions	55
b) The Arbitration Agreement.....	56
c) The Arbitral Tribunal.....	56
d) Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.....	57
e) Arbitration Proceedings.....	57
f) Issuance of the Award and Conclusion of the Proceedings	58
g) Costs	58
h) Nullity of the Award	59
i) Recognition and Enforcement of Arbitration Awards	59
CLAUSULAS CONTRACTUALES QUE ESTABLECEN MECANISMOS MIXTOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS.....	61
LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LAS REGLAS DE LA IBA.....	63
I. Introducción.....	63
II. La Prueba en el Derecho Anglosajón.....	64
III. La Prueba En El Derecho De Tradición Romanista.....	64
IV. La Prueba En El Arbitraje Comercial Internacional.....	64
a) Introducción.....	64
b) Reglas Institucionales.....	65
V. Las reglas de la iba.....	66
a) Introducción.....	66
b) Ámbito de aplicación.....	66
c) Principios generales.....	66
d) Prueba documental.....	67
e) Prueba testimonial.....	67
f) Prueba pericial.....	68
g) Prueba de inspección.....	69
h) La audiencia de pruebas.....	69
VI. Conclusiones.....	69

ARBITRATION IN FREE TRADE AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES: THE MEXICAN EXPERIENCE

Por: Dr. Claus Von Wobeser*

1. Introduction

Over the past ten years, Mexico has undertaken a series of very significant reforms, transforming the country from one of the most closed economies of the world to one of the most open economies. Two of the fundamental instruments that the Mexican Government has used in opening the Mexican economy and thereby promoting the free market of goods and services and foreign investment, are the free trade agreements and the bilateral investment treaties (BITS). As a result of this, in recent years Mexico has been the second developing country hosting the most foreign investment.¹

Mexico entered into a free trade agreement with the United States of America and Canada (NAFTA) which is in force since the beginning of 1994. This agreement is of particular relevance considering the important commercial relationship between its three parties. Other similar free trade agreements have been signed by Mexico with Bolivia, Chile, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Nicaragua and more recently with the European Union which is also becoming of great importance for Mexico.

Mexico has entered into BITS with sixteen countries, most of them from Europe and South America. Nine of those treaties are in force at the moment. According to the ministry of Economy's web site, Mexico has signed sixteen BITS with the

following countries: Spain, Switzerland, Argentina, Holland, France, Finland, Denmark, Germany, Austria, the Belgian-Luxemburguese Union, Uruguay, Portugal, Italy, Sweden, South Korea, and Greece. The first nine on the list are already in force, the other ones have been signed but haven't so far been ratified.

Jurisdiction over conflicts between foreign investors and States where foreign investment is made has been a very sensitive topic in the relations between the Parties to the NAFTA. The Mexican Government, before NAFTA and as a result of the Calvo doctrine², had refused repeatedly to sign international treaties that would force it to submit to the jurisdiction of international tribunals of any sort in the case of foreign investment.³

For those reasons, the possibility to submit the Mexican Government to international arbitration, for conflicts with foreign investors, constitutes an outstanding step derived from NAFTA.

In this article I will refer to those arbitration mechanisms provided in the free trade agreements and BITS to resolve conflicts between investors and States hosting the foreign investment. I will refer in particular to the NAFTA procedure which has strongly inspired the arbitration mechanisms of the other free trade agreements signed by Mexico. Afterwards I will expose the arbitration procedure included in the BITS currently in force, which represent a significant example for our analysis.

I will also refer to those few cases that have been already resolved with the arbitration procedures above mentioned.

* Claus von Wobeser is partner of the firm Von Wobeser y Sierra, S.C. of Mexico City. This article is based in the lecture given by him during the Congress of the International Bar Association held in Barcelona on September 28, 1999.

¹ UNCTAD. Data base FDI/TNC.1999

² This topic may be consulted in Shea, D.R. The Calvo Clause. University of Minnesota Press, 1955. Sepúlveda, C. *Las reclamaciones internacionales y la Cláusula Calvo*. El Foro. Mexican Bar Association Review. N° 11-12, 1956, pp. 197 et al. Carlos Calvo *tres ensayos mexicanos*. Archivo Histórico Diplomático, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974. Perezniato Castro, Leonel, *Dos mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano: La Cláusula Calvo y la Zona Prohibida o Zona Restringida*. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. April 1997, pp. 111 et al.

³ An example of this is that Mexico never signed the 1965 International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention) or the Convention for the Establishment of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA Convention), nor has it signed with the United States of America any agreement supporting the investment protection programs of the U.S. Overseas Private Investment Corporation.

2. NAFTA investment arbitration mechanism ⁴

2.1. Purpose of this mechanism

Section B of NAFTA Chapter XI provides for an arbitration mechanism to resolve investment disputes between an investor and a Party to the Agreement. This mechanism attempts to ensure “*both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal.*”⁵

2.2. Capacity of the investor to bring a claim

An *investor of a Party* can submit a claim to arbitration under Chapter XI of NAFTA on its own behalf ⁶ or on behalf of a company that is a legal entity that the investor owns or controls directly or indirectly.⁷

The Agreement itself defines the term “*investor of a Party*” as “*a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment.*”⁸

Henri Alvarez makes some interesting remarks in this respect: “*any corporate entity whose place of incorporation is in one of the State Parties to NAFTA and which has a substantial activity in the territory of the Party under whose law it is incorporated may file a claim against another Party even if it is owned or controlled by investors of a non-Party. As a result, a subsidiary located in another NAFTA State may submit a claim against the State of its parent company. However, an investor in a Party cannot proceed under Chapter 11B against its own Party even though a foreign investor could issue a claim in the same circumstances.*”⁹

2.3. Violations of NAFTA against which arbitration claims can be brought

The investor can only bring a claim for the violation of an obligation established in:

- a) section A of Chapter XI which establishes the standards of treatment to the foreign investment which the host State should give. Those standards include principally national treatment and most favored-nation treatment and also certain performance requirements.
- b) article 1503 (2) which obligates the Parties to ensure that all state enterprises act in a manner that is not inconsistent with Chapters XI and XIV (Financial Services) of NAFTA wherever such enterprises exercise regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.
- c) article 1502 (3) (a) which obligates the Parties to ensure that any privately-owned monopoly that it designates or any government monopoly that it maintains or designates acts in a manner not inconsistent with the obligations of section A of Chapter XI, when this monopoly exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it in connection with the monopoly good or service, such as the power to grant import or export licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.

2.4. Rules of procedure

⁴ This topic may be consulted in Pearce, Clyde and Coe Jr., Jack, “*Arbitration under NAFTA Chapter Eleven: some pragmatic reflections upon the first case filed against Mexico*”, in MEALEY’s International Arbitration Report, Volume 16 #1; Alvarez, Henri C., *Arbitration Under the North American Free Trade Agreement* in *Arbitration International, The Journal of LCIA Arbitration International*, Volume 16, Number 4, 2000, London; Estavillo, Fernando, “*Solución de Controversias en Materia de Inversión, conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, *Revista Pauta* 29, Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, México; Gantz, D. *Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras en el TLCAN*, in: “*Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte: UNAM, México, 1994*; Dearden, R. *Arbitration of Expropriation Disputes Between an investor and the State under North American Free Trade Agreement*, in: “*Journal of World Trade*, vol. 29, N° 1, febrero 1995; Zedalis, R. *Claims by individuals in international economics law: NAFTA developments*, in: “*The American Review of International Arbitration*”, vol. 7, Columbia University, New York, 1996; Horlick, G. N. Et al, *NAFTA Chapter 11 B, a Private Right of Action to Enforce Market Access Through Investments*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 14, núm. 1, marzo 1997, etc.

⁵ Art. 1115 of NAFTA.

⁶ Art. 1116-1 of NAFTA.

⁷ Art. 1117-1 of NAFTA.

⁸ Art. 1139 of NAFTA.

⁹ Op. Cit. p. 402

The arbitration cases that may arise under Chapter XI of NAFTA may be regulated by one of the following rules of arbitration¹⁰:

- a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;
- b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either one of the Parties, but not both, is a party to the ICSID Convention mentioned above;
- c) the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Commercial Law (UNCITRAL).

As of this date the United States of America is a Party to the ICSID Convention but Mexico and Canada are not. Therefore, as long as Canada and Mexico are not parties to this Convention, the arbitrations of Chapter XI of NAFTA will always be governed by the Additional Facility Rules of ICSID or by the UNCITRAL Rules. When the investor is from the United States of America or the defendant is such country, they will be governed by the Additional Facility Rules, and by the UNCITRAL Rules in all other cases. Therefore conflicts between Canadian investors and Mexico or between Mexican investors and Canada will be governed by the UNCITRAL Rules.

The applicable arbitration rules will govern the procedure unless section B of Chapter XI of NAFTA regulates otherwise.¹¹

2.5. Submitting a claim to arbitration

The disputing investor may submit a claim to arbitration provided that it has first attempted to settle the dispute through consultation or negotiation.¹² If these fail it may submit the claim to arbitration after six months have elapsed from the events giving rise to the claim.¹³ The investor will lose its right to bring a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired or should have first acquired knowledge of the alleged breach and that he has suffered losses or damages.¹⁴

It should be mentioned that the Mexican Government made an important reservation with respect to article 1120.¹⁵ Specifically the Mexican Government did not agree that a claim can be brought invoking the violations mentioned in 2.3 above, either in an arbitral proceeding and before a Mexican judicial or administrative tribunal. This means that if a foreign investor brings a claim against the Mexican Government before a Mexican judicial court invoking these violations such investor can no longer submit the Mexican Government to arbitration under Chapter XI. However, this same investor can bring an arbitration claim under Chapter XI if in the proceeding before the Mexican judicial court the mentioned violations of NAFTA were not invoked.

The basis for the reserve formulated by Mexico is that the decisions of the Mexican courts, specially the ones that are considered final, cannot be reviewed by tribunals or courts other than those belonging to the Mexican judicial system, so that whenever an investor has chosen his remedy, he won't be able to change it for another one.

For disputing investors to be able to submit a claim to arbitration they must waive —both the investors and the enterprises they own or control directly or indirectly— their right to initiate or continue any proceedings before any administrative tribunal or judicial court with respect to the alleged violatory measure.¹⁶ As Pearce and Coe indicate “*rather than positing a rule of exhaustion, the NAFTA merely forecloses certain forms of parallel domestic actions and assumes that if initiated, they may nonetheless be cut short in order to pursue arbitration.*”¹⁷

2.6 Composition of the Arbitral Tribunal

¹⁰ Art. 1120 of NAFTA.

¹¹ Art. 1120-2 of NAFTA.

¹² Art. 1118 of NAFTA.

¹³ Art. 1120 of NAFTA. Article 48 of ICSID Additional Facility Rules provides that “[e]xcept as the parties otherwise agree, a party may present an incidental or additional claim or counterclaim, provided that such ancillary claim is within the scope of the arbitration agreement of the parties.” The case *Metaclad Corporation vs. The United Mexican States* was resolved as follows: “*The Tribunal does not agree with Mexico’s post hearing position that Section B of Chapter Eleven modifies Article 48 of the Rules. The Tribunal believes it was not the intent of the drafters of NAFTA, Articles 1119 and 1120, to limit the jurisdiction of a Tribunal under Chapter Eleven in the way. (n. 67)*” The full text of this award is available from the Web site of the attorney who represented Metalclad at <http://www/pearcelaw.com/metalclad.html>

¹⁴ Art. 1116-2 and 1117-2 of NAFTA.

¹⁵ Annex 1120.1 of NAFTA.

¹⁶ Art. 1121-1 (b) and 2 (b) of NAFTA.

¹⁷ Op. cit. p. 66.

Unless the disputing parties otherwise agree the Tribunal shall be composed of three arbitrators. Each of the disputing parties shall appoint one arbitrator. The third arbitrator, who will be the presiding arbitrator, will be appointed by agreement of the disputing parties.¹⁸

If either of the disputing parties does not appoint an arbitrator or when the two disputing parties cannot agree on the designation of the presiding arbitrator, the ICSID Secretary General shall appoint these arbitrators. In this case the arbitrator presiding over the arbitration will be selected among those arbitrators included in the list of 45 arbitrators that each Party to NAFTA must maintain.¹⁹

It is important to consider that Article 1125 requires the agreement of a disputing Party and the written agreement of a disputing investor to the appointment of *each* individual member of the tribunal in the event that the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules apply.

2.7 Consent to Arbitration

According to NAFTA article 1123, the submission of a claim to arbitration by a disputing investor suffices the requirement of an agreement imposed by the ICSID, New York and Inter-American Conventions. It is considered that the consent of the disputing country has already been given by becoming Party of NAFTA.²⁰

2.8. Place of Arbitration

Unless the parties agree otherwise, the arbitration shall be held in the territory of one of the NAFTA signatory countries who is a Party to the New York Convention of 1958.²¹ The specific territory (country and city) where the arbitration will take place is determined according to the rules of procedure governing each dispute.

Rule 13 of the ICSID Convention provide that the Tribunal shall meet at the seat of the Centre (Washington, D.C. or at such other place as may have been agreed by the parties).

Article 21 of the Additional Facility Rules states that the place of arbitration shall be determined by the Arbitral Tribunal after consultation with the parties and the Secretariat.

Article 16 of the UNCITRAL Rules provides that unless the parties have agreed upon such place, it shall be determined by the arbitral tribunal, having regard to the circumstances of the case.

2.9. Governing substantive law

We have indicated before that the rules of procedure applicable to an arbitration resulting from Chapter XI of NAFTA would be the ICSID Convention or the Additional Facility Rules of ICSID or the UNCITRAL Rules. These rules contain provisions on how to determine the law applicable to the substance of the dispute.²² However, these provisions are not applicable since there is a specific provision in NAFTA—Article 1131-1—by which the tribunals constituted according to section B of NAFTA will decide disputes “*in accordance with this Agreement and applicable rules of international law*”.²³

This is a very important provision according to which the domestic law of the NAFTA member countries will not be applicable.

¹⁸ Art. 1123 of NAFTA.

¹⁹ Art. 1124 of NAFTA.

²⁰ This interpretation is shared by Henri Alvarez, *op. cit.* p. 403 and 410.

²¹ Article 1130 of NAFTA. The New York Convention is the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958. The three signatory countries of NAFTA are Parties to this Convention.

²² Art. 42 of the ICSID Convention, art. 55 of the Additional Facility Rules of ICSID and art. 33 of the UNCITRAL Rules.

²³ Art. 1131 of NAFTA. This provision is very similar to one in the Energy Charter Treaty, a treaty that was entered into to implement the obligations assumed by the European Community and 49 countries in the European Energy Charter of December 17, 1991. Art. 26-6 of the Energy Charter Treaty requires that the arbitrators resolve investment disputes: “*in accordance with this Treaty and the rules and principles of international law.*”

The fact that the arbitrators must decide the disputes “*in accordance with this Agreement*” implies that they will not be limited to considering the provisions of section A and B of Chapter XI, but that they must also be guided by other more general provisions such as those in Chapter I which lists the objectives of the Agreement.²⁴

With respect to “*applicable rules of international law*” it is difficult to specify this since international law is very broad and difficult to delineate. However, we have as a point of reference the way in which art. 42 of the ICSID Convention Rules of Arbitration, which also provides for the application of international law norms by the arbitrators, has been interpreted. Ibrahim F.I. Shihata and Antonio R. Parra²⁵ indicate that “*the report of the World Bank Executive Directors on the ICSID Convention*²⁶ explains that the term ‘international law’ contained in article 42 of the Convention, should be understood in the sense given to it by the first paragraph of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (the ICJ Statute). The latter provision, which represents an authoritative statement of the sources of international law, requires the ICJ, in cases submitted to it, to apply relevant international conventions, international custom, general principles of law and, as a subsidiary means for the determination of rules of law, judicial decisions and the teachings of international law experts.”²⁷

A relevant international convention that is strictly applicable to interpret NAFTA is the Vienna Convention on the Law of Treaties. Two recent Chapter XI arbitral awards have confirmed this: *Metalclad Corporation vs. The United Mexican States* and *Waste Management, Inc. vs. The United Mexican States*.²⁸

I consider that the decisions of international arbitral tribunals may also be used as a subsidiary source of international law, particularly when the same criterion is sustained by several tribunals.

In addition, there is an important document in international law in the area of investments. It is the “*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*”²⁹ prepared by the World Bank. These guidelines bring together many principles of international law and practical advice is given on how such principles should be understood, such as an “*adequate, prompt and effective*” compensation for the expropriation of investment, where it is specified what should be considered as “*going concern*” or “*discounted cash flow value*”, “*liquidation value*”, terms that are now the object of debate in the framework of the Chapter XI arbitrations. As Shihata and Parra indicate “[I]t is in such areas in particular that the guidelines may complement relevant laws and treaties and, eventually, lend greater precision to the new international law of foreign investment.”³⁰

²⁴ Art. 102 which lists the objectives of the Agreement says: “1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to: (a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of goods and services between the territories of the Parties; (b) promote conditions of fair competition in the free trade area; (c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties; (d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party’s territory; (e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and (f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement. 2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.”

²⁵ “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under ICSID Convention”; ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Volume 9, Number 2, Fall 1994, p. 193.

²⁶ This report has been published by ICSID in document ICSID/2.

²⁷ Paragraph 1 of article 38 of the Charter of the International Court of Justice says in its English version: “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

²⁸ The *Metalclad* award indicates: “The Vienna Convention of the Law of Treaties, Article 31(1) provides that a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of the treaty’s object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes, any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty. (*Id.*, Article 31(2)(a)). There shall also be taken into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. (*Id.*, Article 31(3)). Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. (*Id.*, Article 26). A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty. (*Id.*, Article 27).” The *Waste Management* case only quotes the general rule of interpretation of treaties contained in Article 31(1) of the Vienna Convention. Award published in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 214 (2000).

²⁹ *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* published in *Foreign Investment Law Journal*, Volume 7, Number 2, Fall 1992, Washington, D.C.

³⁰ *Op. cit.* p. 212.

In addition article 1131-2 indicates that “[a]n interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.” This is the Free Trade Commission established by article 2001.³¹ This Commission comprises cabinet level representatives of each NAFTA Party, or their designees, and has among other functions related to the Agreement, to “resolve disputes that may arise regarding its interpretation or application”.³²

2.10. Contents and finality of an award

The award issued by the tribunal shall be binding only between the disputing parties and only in respect of the particular case.³³ When an arbitral tribunal established according to section B of Chapter XI issues an award unfavorable to a Party, the tribunal may award separately or in combination only:

- a) monetary damages and any applicable interest ;
- b) the restitution of property in which case the award shall provide that the disputing Party may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution.

The tribunal may also grant costs in accordance with the arbitration rules that apply.³⁴

The tribunal cannot order a Party to pay punitive damages.³⁵

According to NAFTA’s Article 1136-2 the disputing parties must abide by and comply with an award without delay. This provision is not a waiver to try a setting aside or non-enforcement of the award action. This is confirmed by paragraph 3 of that same Article according to which before a disputing party can seek enforcement of a final award, specific time periods established in the Agreement must elapse in order to allow the other party to request revision or annulment of the award based on the applicable procedural rules.

When a disputing Party, that is the government of Canada, the United States of America or Mexico, does not abide by or comply with a final award, the investor involved may ask that the government of his country requests from the Free Trade Commission the setting up of an arbitral panel in accordance with article 2008, that is an arbitration between the Parties to the Agreement. It is a general means of dispute resolution provided for in the Agreement. In this new arbitration the investor does not participate as a contending party, it is the government of his country which intervenes in the proceeding to request compliance with the award, since it is an obligation established by the Agreement.

2.11. Arbitrations that have been carried out in accordance with part B of Chapter XI

To this date the author has knowledge of only three cases that have been resolved with the arbitral procedure of NAFTA Chapter XI and which are briefly synthesized as follows.

a) Metalclad Corporation vs. The United Mexican States

This case was resolved in August, 2000 and is actually under an annulment process in Vancouver, which was the site of arbitration. Metalclad Corporation is an enterprise of the United States of America which claimed that Mexico through its state (San Luis Potosí) and municipal (Guadalcazar) governments interfered with its development and operation of a hazardous waste landfill. Metalclad alleged violations of NAFTA Articles 1105 which requires each Party to NAFTA to “accord to investments of investors of another party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security” and 1110 which provides that “no Party to NAFTA may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (‘expropriation’), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6”.

³¹ Art. 2001 of NAFTA.

³² Art. 2001 of NAFTA.

³³ Art. 1136-1 of NAFTA.

³⁴ Art. 1135-1 of NAFTA.

³⁵ Art. 1135-3 of NAFTA.

The arbitral tribunal resolved that Mexico certainly had violated articles 1105 and 1110 of NAFTA. In its reasoning the panel stated “[t]his is so particularly in light of the governing principle that internal law (such as the Municipality’s stated permit requirements) does not justify failure to perform a treaty. (Vienna Convention on the Law of Treaties, Arts. 26, 27).”

The Tribunal granted compensation for damages to Metalclad considering the fair market value of the investment and rejected the discounted cash flow analysis “because the landfill was never operative and any award based on future profits would be wholly speculative.”³⁶

b) Waste Management Inc. vs. The United Mexican States

This case, which was decided in June 2000, is certainly very interesting because it is the first one in which jurisdiction has been declined by the Arbitral Tribunal and will serve as a precedent for future NAFTA proceedings. The dispute involved a public waste management services concession granted to a subsidiary of Waste Management, Inc. This U.S. company decided to start proceedings against the United Mexican States under the provisions of NAFTA’s Chapter Eleven, invoking the alleged expropriation and other violations of its concession rights by Mexican public authorities.

The case was resolved with the decision of two arbitrators (one Mexican and one Spaniard) to decline jurisdiction of the Tribunal on the grounds that the claimant did not fulfill the waiver requirements described in NAFTA’s Article 1121. Waste Management, Inc. had attached an additional statement or “understanding” to its waiver, mentioning that it didn’t apply to other legal proceedings having to do with allegations that the Mexican Government could have violated obligations emanating from other legislation, including Mexican law. Mexico challenged the Tribunal’s jurisdiction on the basis that the waiver should have been more explicit, and that there were pending legal proceedings over the same matter in Mexican courts, initiated by the claimant.

The Arbitral Tribunal made a distinction between material and formal requirements for the waiver. It considered at the end that the formal elements were present (presentation of the waiver in writing, notification to the opposing party, and inclusion in the arbitration claim’s submission). Nevertheless, the material part was missing: Waste Management Inc.’s conduct was incompatible with the waiver, since it was still involved in legal proceedings in local courts at the time the arbitral proceedings started.

The American arbitrator differed with the majority, and wrote a dissenting opinion. He explained that the proceedings initiated in Mexico were substantially different from what was sought in the arbitration process. For him, the waiver required by NAFTA and the litigation in Mexican courts simply had to do with different subjects.

c) Robert Azinian, Kenneth Daviatan and Ellen Baca vs. The United Mexican States.³⁷

This case was resolved in November 1999. Robert Azinian, Kenneth Daviatan and Ellen Baca are three American investors which claimed against Mexico that the termination of a concession contract related to a waste collection and disposal site by a municipal government (Naucalpan) implied violations to NAFTA Articles 1105 and 1110.

The Arbitral Tribunal easily viewed that the claimants had misrepresented their abilities before the municipal authorities and failed to perform their contractual obligations.

The award contains the following reasoning. A foreign investor entitled in principle to protection under NAFTA may enter into contractual relations with a public authority, and may suffer a breach by that authority, and still not be in a position to state a claim under NAFTA. The Agreement was not intended to provide foreign investors with blanket protection against this type of disappointment. Therefore, the Claimants needed to demonstrate that an obligation established in Section A of Chapter XI is attributable to the Government of Mexico.

The Claimants argued that the annulment of the contract was an act of expropriation of contractual rights. However the tribunal, rejected this position explaining that the words “confiscatory”, “destroy contractual rights as an asset”, or “repudiation” may serve as a way to describe breaches which are to be treated as extraordinary and consequently as acts of expropriation, but not to indicate the basis on which the critical distinction between expropriation and an ordinary breach of contract is to be made.

³⁶ A comprehensive analysis of this case made by the attorney who represented Metalclad can be found in the article written by Clyde Pearce and Jack Coe which is cited in infra note 4.

³⁷ Published in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 538 (1999).

The tribunal considered that the Claimants had to prove that the court decision violated a provision of Chapter XI but noted that there was no claim that the Mexican legal standards for the annulment of a concession violated a Chapter XI obligation. No argument was presented to demonstrate that the Mexican courts violated any obligation under Chapter XI by resolving that the annulment was valid. Consequently no international responsibility could be attributed to the Mexican courts. The Tribunal also analyzed whether in any event there was any basis to conclude that the claimants had been denied justice according to international law. It found no evidence of any denial of justice. As a result, the claim was absolutely dismissed.

It will take a while to have a more complete picture of the practical development of the NAFTA Chapter XI arbitration mechanism, but we can already discern that it will be a mechanism that will generate important decisions with respect to the treatment of foreign investment in the North American region.

3. Bilateral Investment Treaties (Bits)

The original scope of the BITS was to protect investments from the industrialized parties into the developing ones, thereby hopefully attracting capital into the latter's economy. The true objective of the BITS nowadays is principally to give legal security to the transfers done by the investors, and to ensure a certain level of treatment to foreign direct investment, once carried out. Among the transfers protected are the gains, dividends, interests, royalties, administration and technical assistance expenses, and other payments; the products derived from the selling or liquidating of the investment totally or partially; and the payments made in compliance with contracts passed between nationals of the signing Parties.

The BITS also include protection mechanisms in relation with expropriation and establish requisites that must be met for an expropriation to be lawful, as well as the procedure for calculating the compensation. Information exchange about investment projects and applicable legislation to investments, as well as foreign investment tendencies in the respective countries, are also contemplated.³⁸

In recent years, specific rights have been granted to foreign investors, on top of the general ones that have been cited earlier. For example, recent BITS have taken into account the respect for investment contracts and the rights to obtain needed permits, as well as the entry and employment of personnel necessary to manage the investment and the freedom to transfer profits.³⁹

As it is mentioned at the beginning of this paper, BITS are bilateral agreements Mexico has signed with specific countries to grant them the benefits that Mexico gives to foreign investors through its free trade agreements, specially NAFTA.

Of the sixteen BITS that the Mexican Government has signed, only nine are currently in force, those signed with Spain, Switzerland, Argentina, Holland, France, Finland, Denmark, Germany and Austria.

The Treaties have entered into force over the past 4 years, they are very recent, and therefore to the best of my knowledge, no arbitration case involving them has been resolved although claims have already arisen.⁴⁰ The nine Treaties provide for arbitration between Governments for the resolution of conflicts arising between them about the interpretation of the treaties, but only those disputes between the States receiving investment and the foreign investors will be discussed herein.

Below I will undertake a brief and general analysis of the arbitration mechanism provided in the Treaties currently in force and only if there is a peculiarity with regard to a Treaty will I mention it specifically.

3.1. Capacity of the investor to bring a claim

³⁸ See the article by G. Sacerdoti, "The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties", *The Journal of World Investment*, July 2000, p.105.

³⁹ For more on the subject, see A. Parra, "Provisions for the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *12 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 287, 1997, p.293 ss.

⁴⁰ A case involving a Spanish company called Tecnicas Medioambientales Tecmed has been filed before the ICSID on August 28, 2000 based on the Treaty between Mexico and Spain.

An investor of a Party may, on its own account or on behalf of a company of the other Party, whether its own company or a company directly or indirectly under its control, submit an arbitration claim whose foundation is that the other Party has violated an obligation established in such agreements, provided the investor or its investment has suffered losses or damages as a result of the violation.⁴¹

3.2. Rules of Procedure

The nine treaties establish that the arbitration procedure can be carried out at the election of the investor according to the following:

- a) The ICSID Convention, provided that both the contending party and the party of the investor are parties thereto. As I mentioned before, since Mexico is not Party to this convention, the rules would not be applicable for the time being;⁴²
- b) The ICSID Additional Facility Rules when one of the contracting parties has signed the ICSID Convention or;
- c) The UNCITRAL Rules of Arbitration when none of the parties to the arbitration are signatories to the ICSID Convention.

It is to be noted that the Treaty with Spain indicates specifically that the process can also be done according to the NAFTA arbitration rules.⁴³ The Treaties with France, Austria and Germany mention the possibility that the arbitration process be done by an arbitrator from the International Chamber of Commerce in accordance with its rules.⁴⁴

3.3. Composition of the Arbitral Tribunal

The Arbitral Tribunal shall be composed of three members, unless the parties agree otherwise. Each party will designate one arbitrator and the third will be designated by agreement of the parties. The arbitrators must have experience in international law and in investment matters. If the parties do not designate an arbitrator or if they cannot agree on the Chairman of the Arbitral Tribunal, the Secretary General of the ICSID will appoint them with the understanding that the Chairman of the Arbitral Tribunal must be from a third country.⁴⁵ It has to be noted that the Treaty with Holland mentions in its article 11, that in case of disagreement in the naming of the arbitrators, it will be up to the President of the International Court of Justice to make the necessary nominations.

3.4. Timing

All of the seven Treaties mention that the claims can be submitted to arbitration after six months have passed from the date in which the acts reproached took place. Nevertheless, the maximum period for a claim to be considered differs from one Treaty to the next. In the case of Spain, Switzerland and Holland, the claimant has up to 3 years from the moment he had knowledge of the facts; for Argentina, Finland, Denmark, France, Germany and Austria the period is 4 years.

3.5. Joinder of proceedings

Proceedings will be joined in the following cases:

- a) when an investor brings an arbitration claim in representation of a company that is effectively under its control and at the same time another or other investors with interest in the same company file an arbitration claim on their own account and as a consequence of the same violations or;
- b) when two or more claims that set forth common questions of fact and law are submitted to arbitration.

⁴¹ Article 2 of the Appendix of the Treaty with Switzerland, Article 1 of the Annex of the Treaty with Argentina, Title Two of the Treaty with Spain, Article 10 of the Treaty with Finland, Article 9 of the Treaty with Denmark, Article 10 of the Treaty with France, Article 11 of the Treaties with Holland and Germany, and Article 10 of the Treaty with Austria.

⁴² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Washington, March 18, 1965.

⁴³ Title 3 of the Appendix to the Treaty.

⁴⁴ Articles 9 of the Treaty with France, 11 of the Treaty with Austria, and 12 of the Treaty with Germany.

⁴⁵ Article 5 of the Appendix of the Treaty with Switzerland; Article 3 of the Annex of the Treaty with Argentina; and Title Four of the Treaty with Spain, Article 12 of the Treaty with Finland, Article 14 of the Treaty with Germany, and Article 13 of the Treaty with Austria.

A Joinder Tribunal shall be convened according to the UNCITRAL arbitration rules and shall proceed in accordance with such rules.⁴⁶

3.6. Governing substantive law

The Arbitration Tribunals shall decide the conflicts submitted to them in accordance with the BITS and applicable international law rules.

The comments made in relation to the foundation of international law in NAFTA Chapter XI, part B, which was analyzed in the first part of this article, can be applied here.

Any interpretation that the parties agree to regarding a provision of such a treaty, will be binding on any Tribunal established pursuant to the BITS.⁴⁷

3.7. Contents and finality of an award

The Arbitral Tribunal established pursuant to the BITS, that issues a final award may only decide on:

- a) monetary damages and the corresponding interest;
- b) the restitution of the property or the right of the party to pay monetary damages plus interest, instead of restitution.

When an investor makes a claim in representation of the company, the restitution of the property or the payment of monetary damages will be made directly to the company. The award cannot order the payment of punitive damages.⁴⁸

The arbitral awards will be final and binding on the parties to the conflict.⁴⁹ The investor may have recourse to the enforcement of an arbitral award in accordance with the ICSID Convention and the New York Convention.⁵⁰

The Treaty with Argentina also establishes that enforcement may be requested in accordance with the Panama Convention.⁵¹

4. Conclusions

With the signing of various free trade agreements and Bilateral Investment Treaties, Mexico has given a very significant turn to its legal treatment of foreign investment. The mere fact that a foreign investor can submit the Mexican Government to the jurisdiction of an international arbitration tribunal is an undeniable landmark. The first cases that have been decided under NAFTA's Chapter XI allow us to foresee the development of a very interesting practice of arbitration in the settlement of investor-State disputes.

⁴⁶ Article 6 of the Appendix of the Treaty with Switzerland; Article 4 of the Annex of the Treaty with Argentina; Title 5 of the Treaty with Spain, Article 13 of the Treaty with Finland, Article 12 of the Treaty with Denmark, Article 15 of the Treaty with Germany and Article 14 of the Treaty with Austria.

⁴⁷ Article 7 of the Appendix of the Treaty with Switzerland; Article 10 Section 5 of the Treaty with Argentina; Title Six of the Treaty with Spain, Article 8 of the Appendix to the Treaty with Holland, Article 18 of the Treaty with Germany and Article 17 of the Treaty with Austria.

⁴⁸ Article 8 of the Appendix of the Treaty with Switzerland; Article 10 Section 6 of the Annex of the Treaty with Argentina; Title Seven of the Treaty with Spain, Article 17 of the Treaty with Finland, article 16 of the Treaty with Denmark, Article 9 of the Treaty with France, and Article 9 of the Appendix to the Treaty with Holland, Article 19 of the Treaty with Germany, and Article 18 of the Treaty with Austria.

⁴⁹ Article 9 of the Appendix of the Treaty with Switzerland; Article 10 Section 7 of the Annex of the Treaty with Argentina; Title Eight of the Treaty with Spain, Article 17 of the Treaty with Finland, Article 16 of the Treaty with Denmark, Article 10 of the Treaty with France, Article 19 of the Treaty with Germany, and Article 18 of the Treaty with Austria.

⁵⁰ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958.

⁵¹ Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Panama, January 20, 1975.

LA PERSONA HUMANA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE NATURALEZA PRIVADA.*

Por: Dr. José Luis Siqueiros**

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Art. 1º de la Decl. Univ. de Der. Humanos.

1.-La persona humana.

Todo el curso de la historia humana puede resumirse en una incesante lucha por el logro de los valores eternos e inmanentes. En su continuado afán de alcanzarlos el hombre se ha percatado que la persona es un fin en sí mismo y que como tal, para realizar plenamente su destino, debe serle reconocida una dignidad intrínseca y un conjunto de derechos inalienables desde su origen. Esos derechos y libertades fundamentales, que le son propias no por el hecho de ser ciudadano de un Estado determinado, sino por el de ser miembro de la familia humana, han sido y seguirán siendo el propósito último del derecho natural.

"Individuo humano" y "persona humana" son expresiones semejantes, pero no equivalentes. El primero, unidad biológica, es un concepto cuantitativo. La segunda, concepto abstracto, es una entidad cualitativa. El hombre, en esta última acepción, es decir, como persona humana, no es una creación de la Edad Contemporánea, de la Edad Moderna, ni de la Edad Media. Su idea se remonta a la antigüedad. Así lo encontramos ya en las leyes de Manú, como una fragancia que se exhala en cualquiera de sus máximas; también lo advertimos en muchos pasajes de la biblia hebrea; en la espiritualidad del budismo; en la literatura griega; en la filosofía estoica y en el evangelio cristiano. El mismo Jesús explica su presencia en la tierra como "El Hijo del Hombre" y Diógenes con su linterna legendaria, no buscaba a un hombre, como suele afirmarse; buscaba al "hombre".

Es hasta después de la Revolución Francesa de 1789 cuando definitivamente se institucionaliza el concepto "hombre" como fruto de un largo proceso de maduración de los principios del derecho natural, que se confunden con el humanismo en la historia de la cultura. Ya nos dice Jacques Maritain; ". . . la persona humana tiene derechos por el hecho de ser persona, un todo dueño de sí y de sus actos; por consiguiente, no es solo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. Cosas hay que son debidas al hombre por el solo hecho de ser hombre..."

Debemos pues precisar los conceptos. El hombre había existido desde la antigüedad como entidad de derecho privado; era sujeto de derechos y obligaciones. También había existido el ciudadano, como individuo humano en la convivencia política. Sin embargo, faltaba el hombre como persona a la que corresponde un ámbito propio de actividad material, intelectual y protegido frente al Estado.

En realidad se trataba del problema de la personalidad humana y de su manifestación, que es, en síntesis el problema de la libertad. La filosofía estoica, el cristianismo, el renacimiento, el humanismo, el derecho natural que hace del hombre el protagonista de todo el problema jurídico, y la Reforma que plantea el problema de la conciencia, fueron elaborando esta nueva concepción del hombre como persona, superando al concepto del individualismo puramente físico y con exigencias solamente materiales y orgánicas.

Por todos estos caminos ideológicos se llegó a la Declaración de los Derechos del Hombre en las Colonias Inglesas de América y posteriormente en la Asamblea Nacional Francesa. Antes de llegar a su institucionalización definitiva, el proceso de libertad evolucionó, casi en forma simultánea, en España y en Inglaterra. Las cartas medievales concedidas por el Señor a sus vasallos, esbozan los primeros derechos del hombre en forma de limitaciones al poder público. Las libertades proclamadas y protegidas por la "Carta Magna", el "Bill of Rights" y el "Habeas Corpus" expedidas por soberanos ingleses, así como el Fuero Juzgo promulgado en España en la Edad Media, hicieron comprender al soberano que por encima de su autoridad está el Derecho, la dignidad humana y las libertades fundamentales de los súbditos.

Al redactar Tomás Jefferson la Declaración de Independencia proclamada en Filadelfia en 1776, afirma que el Gobierno es un simple instrumento de los gobernados; que los gobernantes deben seguir el bien común y cuando no lo hacen, los gobernados tienen el derecho a la rebelión.

* Aporte del autor a la Revista PAUTA, Boletín Informativo del CAMECIC. Abril, 2002.

** Ex-Presidente y miembro (1990-1998) del Comité Jurídico Interamericano. Vicepresidente Comisión Arbitraje ICC México.

La influencia filosófica de las doctrinas de Montesquieu, de Juan Jacobo Rousseau y del Abate Sieyes, aunada al influjo que tuvo en Francia la emancipación norteamericana, y la presencia de Lafayette en la Asamblea Nacional Francesa, impulsó la proclamación de ese trascendental documento histórico que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que vino a dar universalidad a los principios de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

"... Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en su Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. . . . así principiaba el Preámbulo de este magnífico documento, que en forma romántica pretendió ser la panacea de todos los males humanos, confirmando además que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y que esos derechos son: La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El texto de la Declaración encierra el propósito de universalidad y fué una caja de resonancia para los principios proclamados por los anglosajones. Los difundió y les inspiró un espíritu de rebeldía, comunicándoles fervor revolucionario, heroico y contagioso.

Es indiscutible la influencia de esta Declaración para la cultura occidental y en particular para el continente americano, ya que hizo germinar en la Nueva España y en el resto de las colonias hispánicas, un sentimiento de libertad y de revalorización de los principios morales, entre ellos, el de la dignidad humana. Constituyó durante nuestras guerras libertarias un ideario político nunca olvidado por la posteridad.⁵²

Como dice Jesús Rodríguez y Rodríguez⁵³ la noción de los derechos humanos es de gran parte, producto de la historia y de la civilización y, por tanto, sujeta a evolución y modificación.

De hecho, también la concepción de los derechos humanos ha conocido varias etapas. Así, el concepto de los derechos humanos fue en su origen un concepto político que se traducía en el respeto por parte del Estado de una esfera de libertad y autonomía de la persona humana. En otros términos, el Estado estaba obligado a no intervenir en esta esfera de los "derechos civiles", o sea, de los derechos que miran a la protección de la vida, libertad, seguridad e integridad física y moral de la persona humana. Estos derechos provienen, en su conjunto, de una concepción individualista.

En la etapa siguiente, el hombre no está opuesto ya al Estado, sino que participa en la estructuración política de la sociedad a que pertenece, ejerciendo sus derechos políticos dentro del Estado.

Finalmente, la aparición de la noción de derechos económicos, sociales y culturales formando una categoría distinta, es un fenómeno más reciente. El goce efectivo de estos derechos debe ser asegurado por el Estado o por su intermediación. En esta perspectiva, el Estado es el promotor y garante del bienestar económico y social. Mientras que con anterioridad el Estado representaba ante todo la autoridad responsable de la protección y del mantenimiento del orden público y de la seguridad de todos, el Estado moderno es o debería ser, un instrumento al servicio de todas las personas que dependen de su jurisdicción, que les permita el pleno desarrollo de sus facultades tanto a nivel individual como colectivo.

El papel del Estado en materia de derechos humanos, por lo tanto, también ha evolucionado considerablemente; y hay que percatarse bien que esta ampliación de su función no se refiere solamente a los derechos económicos, sociales y culturales, sino al conjunto de los derechos humanos, en la medida en que los poderes públicos tienen también el deber de asegurar los derechos civiles y políticos contra todo ataque o conculcación por parte de aquellos sectores sociales que disponen de un mayor poder económico, tecnológico o científico.

Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, éstos comprenden tres grandes tipos o grupos de derechos expresa y generalmente reconocidos por las constituciones de la gran mayoría de países, así como por los más importantes instrumentos internacionales de carácter general sobre la materia. Tales grupos son: uno, los derechos civiles; dos, los derechos políticos, y, tres, los derechos económicos, sociales y culturales.

2.- Los derechos humanos y las garantías judiciales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, incluye en su Artículo 8 las "*Garantías Judiciales*". El citado precepto establece "que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

⁵².- Ver "*Lecturas Jurídicas*", Universidad de Chihuahua, No. 2, 1960, pp. 25-27

⁵³.- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Sexta Edición (1993) pp. 1064-1065.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A. el 19 de Diciembre de 1966, también establece en su Artículo 14, que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independientes e imparcial establecido por la ley"

Si bien es cierto que ninguno de los dos instrumentos hace referencia al derecho de las personas para pactar la resolución de sus diferendos en forma extra-judicial, el intérprete de tales preceptos debe considerar que el consenso mutuo de las partes para someter a un tribunal arbitral las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, debe quedar implícito dentro de lo que Convención y el Pacto definen como "garantías judiciales"; por lo tanto, que en el curso del proceso arbitral las personas involucradas tendrán derecho a ser oídas y a gozar de las debidas garantías por el tribunal arbitral, que deberá ser competente, independiente e imparcial.

En los Acuerdos recientemente suscritos entre México y la Comunidad Europea⁵⁴ instrumentos que establecen como mecanismo de solución de controversias el procedimiento arbitral, precisan que uno y otro están fundados en el respeto recíproco a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal y como éstos se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituyendo tales derechos humanos un elemento esencial de dichos Acuerdos.⁵⁵

3.- *El arbitraje como método para la solución pacífica de controversias.*

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades de acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Sin perjuicio de las precisiones terminológicas que en seguida haremos, baste afirmar que el arbitraje es un concepto de antigüedad tan venerable como la ciencia de derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace referencia a los árbitros, así como en el Génesis y el Exodo⁵⁶. En Roma las XII Tablas ya mencionan el arbitraje.⁵⁷

En un principio, los árbitros sólo atendían a los conflictos surgidos entre ciudadanos romanos, pero ya para la época del procedimiento formulario se incluyeron los conflictos entre extranjeros o entre ciudadanos y éstos. Hacia finales del siglo III de nuestra era desaparece la institución de los árbitros oficiales, pero no la de los árbitros particulares, institución en la que las partes tienen una libertad de nombrarlos para resolver sus controversias;

Justiniano en el Digesto se refiere a los árbitros, indicando que había libertad para acatar o no la decisión arbitral, pero en una constitución del año 529 de este emperador se ordenó que cuando hubiere juramento de acatar la sentencia por cualquiera de las partes, y siempre que fuere un fallo con verdad, aquéllos deberían de cumplir su laudo.

Los principios y las normas del Derecho Romano se transplantaron al Sacro Imperio Germánico y de ahí pasaron a España. El Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación contenían dispositivos referentes a la designación de "avenidores", de "árbitros" (letrados) y de "arbitradores" (no letrados). Se regulaban también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo.

Las Leyes de Indias, juntamente con la legislación de la Metrópoli, formaban prácticamente el derecho positivo de las colonias españolas en América. Apreciación similar puede hacerse de la legislación portuguesa en Brasil. Si bien es cierto que la mayor parte de las naciones latinoamericanas obtuvieron su independencia política de España en la primera o segunda década del siglo XIX, en la generalidad de los países ya emancipados continuó aplicándose la legislación española en materias civiles y comerciales; en esa virtud, las Leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao y los principios generales contenidos en las Siete Partidas y en la Nueva y Novísima Recopilación continuaron regulando las operaciones de derecho privado en tanto que las mismas no infringieran el nuevo orden y estructura política.

Incluido dentro de los antiguos principios jurídicos españoles, las legislaturas latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros terceros; así, el uso del arbitraje para resolver diferendos comerciales fue gradualmente adquiriendo carta de

⁵⁴.- Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global) y Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo Interino) de 8 de Diciembre de 1997, Bruselas, Belgica, ambos ya en vigor.

⁵⁵.- Artículo 1 de ambos Acuerdos.

⁵⁶.- *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana*, v.5, Madrid. Espasa-Calpe, p. 1245.

⁵⁷.- Tablas II y XII.

naturaleza en los códigos de comercio y en los ordenamientos de procedimiento civil de todas las naciones latinoamericanas. Cuando el derecho español y la legislación portuguesa (en el caso de Brasil) dejaron de ser aplicables en las legislaciones internas, los nuevos ordenamientos mantuvieron la vigencia de los viejos principios y la antigua tradición de permitir a las partes el comprometer en árbitros las disputas iniciadas ante tribunales. La mayor parte de los códigos de procedimientos civiles promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX regulaban el arbitraje permitiendo que los negocios civiles y mercantiles, con pocas excepciones, se resolvieran a través del compromiso arbitral y que el laudo pudiera dictarse conforme a derecho o en equidad. En la segunda alternativa, los árbitros-arbitradores quedaban sólo vinculados por dispositivos procesales irrenunciables, gozando de amplia discreción en la dirección de los procedimientos relativos, y facultados para resolver las contiendas *ex aequo et bono*.

4.- Distintos tipos de arbitraje.

Es conveniente establecer ciertas precisiones terminológicas en el contexto de esta materia; es decir, deben advertirse las semejanzas que existen en los distintos tipos de arbitraje y hacer énfasis en las divergencias entre arbitraje de derecho privado y arbitraje de derecho público; entre arbitraje interno y arbitraje internacional; entre arbitraje comercial y arbitraje civil.

El arbitraje de derecho internacional público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados como entidades soberanas, mediante árbitros designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares y si bien es cierto que los Estados, algunas veces actúan en el comercio sin la investidura de soberanía, participando activamente a través de corporaciones o empresas dominadas por los intereses del sector público, también lo es que en tales circunstancias los diferendos que se susciten con otras empresas de esta naturaleza o con particulares, ya no inciden en la jurisdicción del derecho internacional público, pudiendo ser resueltos a través del arbitraje privado.

Es igualmente útil depurar la nomenclatura en lo que respecta al carácter interno e internacional del arbitraje. La problemática del primero se plantea dentro de un sistema jurídico único. El segundo surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna. En estos casos estamos en presencia del arbitraje internacional como instrumento idóneo para eludir los problemas inherentes a la confrontación del derecho extraño, incluyendo la sumisión a tribunales foráneos.

Por último, es oportuno señalar que dentro del arbitraje privado, ya sea interno o internacional, pueden plantearse tanto materias de orden estrictamente mercantil, como conflictos exclusivamente de derecho civil.

5.-El Arbitraje y la Jurisdicción Judicial.

Ahora bien, conviene tener presente que las controversias se pueden solucionar por las partes mismas a través de los medios autocompositivos, o bien por un tercero i.e., lo medios heterocompositivos.⁵⁸ En la primera variante nos estaríamos refiriendo a la negociación, la mediación, la transacción y la conciliación. En la segunda alternativa, aludiríamos al proceso jurisdiccional ante los tribunales y a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado Moderno, este último vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia relegando a un segundo plano al proceso arbitral.⁵⁹ Así, las constituciones latinoamericanas en los siglos XIX y XX, establecieron que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos, precisándose que los tribunales estarían siempre expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que establecieran las leyes.

De estos preceptos constitucionales se ha querido desprender la premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado y que sólo los funcionarios expresamente autorizados por la ley podrán impartir la justicia; que ningún precepto legal permite a los jueces declinar el conocimiento y solución de controversias privadas en favor de árbitros nombrados por las partes, enfatizando que los funcionarios judiciales no podrán inhibirse en favor de órgano alguno que no forme parte del Poder Judicial. Alguna ejecutoria mexicana reciente hace hincapié en que los árbitros, como es de explorado derecho, carecen de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones, facultad reservada únicamente a las autoridades judiciales, únicas que tienen plena jurisdicción.

La postura anterior, infortunadamente todavía compartida por muchos jueces, magistrados y abogados postulantes, es producto de una tradición procesalista enraizada no sólo en la cultura jurídica de nuestros países sino de muchos otros sistemas vigentes en países que están en vía de

⁵⁸.- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto "*Proceso, autocomposición y autodefensa*", UNAM, México, 1970.

⁵⁹.- Jorge Alberto Silva. "*Arbitraje Comercial Internacioal en México*", Peregrieto Editores, México, D.F. 1994. pág. 2.

desarrollo. En sentido contrario, la cultura del arbitraje privado, notablemente aquella vinculada al arbitraje comercial internacional, va tomando cada vez mayor fuerza en Europa, Estados Unidos, Canadá, Japón y en todas las naciones de la cuenca del Pacífico.⁶⁰

6.-El Arbitraje entre Estados respecto de Negocios Jurídicos Internacionales de Naturaleza Privada.

Hemos ya precisado que el Estado puede actuar investido de su potestad de soberanía en el ejercicio de su poder estatal y que en tal carácter goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de cualquier otro Estado.

Dentro del concepto de "Estado" se hallan comprendidos el gobierno y sus departamentos o secretarías, sus organismos descentralizados, así como sus entidades paraestatales, autónomas o autárquicas.

Sin embargo, el Estado tiene una doble capacidad; además de actuar *jure imperii* puede accionar en el campo del derecho privado, dentro del desarrollo ordinario del comercio. En esta última hipótesis, actuando *jure gestionis*, el Estado no puede invocar inmunidad de jurisdicción en el territorio del Estado del foro. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado puede renunciar en forma expresa, o implícita, a su inmunidad jurisdiccional.

También hemos ya comentado que vivimos en un mundo económicamente interdependiente. En un entorno de apertura comercial en que la economía de libre mercado ha desplazado a la centralmente planificada, es lógico que los Estados se esfuercen en ser competitivos; para lograrlo, y al mismo tiempo elevar el nivel de vida de sus gobernados, su actividad debe proyectarse hacia la obtención de nuevos flujos de inversión foránea cuando el ahorro interno es insuficiente para incrementar la productividad nacional, para así crear empleos, mejorar su estructura tecnológica, etcétera.

Con esa orientación el Estado tiende a promover tanto la inversión nacional como la extranjera, sea a través de empréstitos o de inversión directa para mantenerse competitivo en un mercado en mayor oferta; con esta orientación se muestra anuente en otorgar incentivos, en disminuir sus barreras arancelarias y a formar parte de acuerdos multilaterales y bilaterales que permitan al país integrarse en mercados mundiales, regionales y subregionales. Esta apertura puede materializarse a través de reformas a su legislación interna --tendente a una mayor liberalización-- o mediante la suscripción de convenios internacionales proclives a un "clima" de confianza por parte de los inversionistas de países que han alcanzado un nivel de desarrollo económicamente superior y que a su vez desean abrir nuevos mercados para generar beneficios.

Estas estrategias de apertura cristalizan en acuerdos internacionales que tienen como objetivo atraer capitales del exterior, concederles seguridades en su tratamiento doméstico, obtener nuevas tecnologías e integrarse en un mercado complementario o de libre comercio. En la etapa histórica que ahora presenciamos, dichos mercados tienden a la regionalización y a la suma de esfuerzos para enfrentar otros mercados. Una etapa posterior tal vez nos conduzca a una completa globalización.

En esta postura es explicable que los Estados puedan convenir que cualquier controversia que surja con motivo de su apertura económica se resuelva mediante procedimientos pacíficos y no en litigios judiciales. En estos casos se acepta, como un medio idóneo para tal solución, el procedimiento arbitral. En el contexto de este análisis, debemos aclarar que el arbitraje de Estados soberanos, *entre sí*, en negocios de naturaleza privada, sólo se presenta en el derecho convencional; es decir, como resultado de su sometimiento a tal procedimiento en un convenio bilateral o multilateral.

Este tipo de convenios internacionales se pactan entre los Estados con el propósito de estimular y conceder protección recíproca a las inversiones que hacen los nacionales de un Estado contratante en el territorio del otro; asimismo, cuando los Estados son parte de acuerdos multilaterales en materia de comercio internacional. Mención especial merecen los convenios universales, regionales y subregionales de integración económica, de aranceles aduaneros y comercio, de zonas de libre comercio y otros que en esta área facilitan el desarrollo mercantil internacional.

7.-La solución de controversias de carácter privado en los acuerdos regionales.

Sólo en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁶¹ y en algunos de los tratados que han recibido su influencia,⁶² se alude a métodos alternativos para la solución de controversias de naturaleza privada. En dichos instrumentos se establece que en la medida de lo posible,

⁶⁰.- Algunos datos estadísticos de las instituciones administradoras de arbitraje nos pueden dar idea de este incremento. La *London Court of International Arbitration* trata actualmente unos 90 asuntos internacionales. La *American Arbitration Association* (New York) administró 98,000 casos en 1999, de los cuales 305 eran arbitrajes internacionales. La Cámara de Comercio de Estocolmo lleva 40 casos en 1999 y el Centro de Arbitraje de Viena administró 95 demandas de arbitraje internacional en 2000. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París, ha recibido más de 10,500 casos desde su creación (1923). Alain Plantel "*El Arbitraje Internacional en un Mundo en Cambio*". Boletín de la Cámara Internacional de Comercio, París.

⁶¹.- Capítulo XIX. Sección C. Art. 2022

cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias entre particulares; que a tal fin, cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en estas controversias.

Agrega el artículo 2022 del TLCAN que se considerará que las partes cumplen con este propósito, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

El mismo artículo dispone que se establecerá un comité consultivo integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El comité presentará informes y recomendaciones a la comisión sobre cuestiones generales que le sean referidas por la comisión y relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

El Comité Consultivo fue constituido en 1994 y se integra por treinta especialistas. De los diez integrantes de cada país, dos representan al sector público y el resto a la iniciativa privada. El comité ha celebrado hasta ahora once reuniones. Dichos encuentros se realizan en diversos lugares de cada uno de los tres países en forma rotativa.

El comité ha venido desempeñando sus funciones en grupos de trabajo que han dedicado su atención a la compilación de las legislaciones existentes en los tres países en relación con métodos alternativos para la solución de diferendos comerciales, así como de la jurisprudencia creada en esta materia, principalmente en lo atinente a la eficacia de los acuerdos arbitrales y al reconocimiento y ejecución de los laudos. Los subcomités se han abocado también a propiciar entre pequeños y medianos empresarios el uso de la mediación y la conciliación como medios preventivos de soluciones heterocompositivas y se ha hecho énfasis en la sinergia que debe existir entre estos mecanismo alternativos, incluido el arbitraje, y el sistema judicial, a nivel local y federal.

Con este mismo enfoque el Comité Consultivo ha recomendado a la Comisión de Libre Comercio, órgano máximo en el Tratado, la programación de cursos de capacitación y de información recíproca con funcionarios de la judicatura, programas que ya se están instrumentando en los tres países. La visión panorámica de estas recomendaciones podría resumirse en una mayor concienciación a nivarsarial, forense y judicial, de la importancia de estos métodos alternativos diversos a la adjudicación jurisdiccional. Cabría decir, a la creación de una cultura del arbitraje, que aún contando con el apoyo de legislaciones de vanguardia, requiere aún de mayor raigambre y conocimiento en la negociación comercial. Estamos convencidos que todos los esquemas regionales y subregionales de integración y de libre comercio en el hemisferio, deben contar con mecanismos que auspicien la resolución pacífica de los diferendos que lleguen a surgir entre particulares, es decir, de naturaleza privada.

8.-Conclusiones.

8.1. El derecho de todas las personas para ser oídas, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un juez o *tribunal* competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley aplicable, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter, es parte de los derechos humanos.

Si bien es cierto que tal derecho aparece consagrado tanto en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966), así como en la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* (OEA, 1969), bajo el rubro de las "garantías judiciales", creemos que dicho derecho se extiende también a la resolución de las controversias que las personas involucradas quieran dirimir en la vía extra-judicial, es decir, ante tribunales arbitrales. En el fondo el *derecho humano* es el mismo. La substancia en que se fundamenta (órgano imparcial competente, derecho de audiencia a ambas partes, determinación de sus derechos y obligaciones en una resolución correctamente motivada), es semejante en un juicio ante tribunales judiciales y en un procedimiento de arbitraje.

El hecho de que la sentencia arbitral no tenga fuerza coercitiva y requiera del auxilio de la jurisdicción judicial para ejecutarse, no precluye el derecho de las personas para resolver sus diferendos consensualmente, por la vía del arbitraje. La obligación de los jueces para impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros comprueba la convergencia de ambas vías.

8.2. Es interesante y concluyente que en los Acuerdos (Global e Interino) recientemente celebrados entre México y la Comunidad Europea, se establece el procedimiento arbitral como mecanismo idóneo para la solución de controversias. Uno y otro instrumentos están fundados en el respeto recíproco a los derechos humanos fundamentales, tal y como éstos se enuncian en la Declaración Universal de las Naciones Unidas.

⁶².- Ver. TLC-G3. Capítulo XIX. Art. 19-19: TLC Costa Rica-México, Capítulo XVII, Art. 17-18.

EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES

Por: Lic. Daniel Amézquita Díaz

*“Un acuerdo logrado por las partes es más duradero que una sentencia de un tribunal”
Marco Gerardo Monroy Cabra^(*)*

Introducción

La normatividad y la práctica comercial internacional con frecuencia refiere a medios tradicionales de solución pacífica de controversias que no encajan en el género de métodos heterocompositivos (jurisdicción estatal o arbitraje, principalmente), sino en el de autocompositivos (la mediación, la conciliación y la transacción), esto es, medios en los que las partes mismas solucionan su controversia.

Así, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte refiere a medios autocompositivos que sirven para solucionar controversias, cuando alude a la consulta y a la negociación⁽¹⁾.

Del género de medios autocompositivos de solución de controversias, destaca la mediación, procedimiento que si bien se ha venido utilizando tradicionalmente en varios países para la solución de problemas referidos a divorcio, decisiones sobre custodia y visita, diferencias entre vecinos, conflictos educativos, tensiones de minorías y raciales, aspectos referentes al ambiente, desavenencias laborales y problemas en el cuidado de salud, su aplicación en el ámbito de las controversias comerciales internacionales, es relativamente reciente.

Definición

La mediación es una intervención que tiene el propósito de resolver desavenencias y manejar conflictos, facilitando la toma de decisiones⁽²⁾.

Es una intervención, por que la caracteriza la participación de un tercero (mediador) que asiste, valga la redundancia, a los participantes⁽³⁾, no como abogado o terapeuta, sino como propiciador. Por su parte, los participantes involucrados en la mediación, no son simplemente receptores de un servicio, sino que intervienen de manera activa en el proceso.

Así las cosas, la mediación es un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el fin de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Nótese como el proceso se fundamenta en la responsabilidad de las partes que intervienen en él con el fin de lograr la solución de un conflicto, pues son éstas las que logran el compromiso, el mediador únicamente las ayuda a lograr un acuerdo.

Mediación / Conciliación

La mediación y la conciliación, como procedimientos autocompositivos de solución de controversias, coinciden en que: (i) son técnicas empleadas para solucionar conflictos; (ii) un tercero extraño logra reunir a las partes en conflicto y; (iii) las partes solucionan su conflicto por sí mismas.

Difieren sin embargo ambas técnicas, en que en la conciliación, el conciliador no sólo se encarga de ayudar a las partes a solucionar su conflicto, sino que además, les propone la forma de solucionarla⁽⁴⁾. En la mediación, la solución no es propuesta por el tercero, sino que es descubierta por las partes mismas.

^(*) Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Oxford University Press, México, 1997, p. 69.

⁽¹⁾ “Artículo 1118. *Solución de una reclamación mediante consulta y negociación*

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.”

⁽²⁾ Folberg, Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de conflictos sin litigio*, Editorial Limusa, S.A. de C.V., 1992; pág. 9.

Conforme a la Guía de las Reglas ADR de la ICC (Guide to ICC ADR), la mediación se define de la forma siguiente:

“mediation is the settlement technique in which the Neutral acts as a facilitator to help the parties try to arrive at a negotiated settlement of their dispute.”

⁽³⁾ Folberg y Taylor (Ob. Cit.), recomiendan el uso de la palabra “participantes” en lugar de “partes”, pues ésta última recuerda al sistema legal tradicional de adversario.

El mediador actúa como un guía en un voluntario proceso de colaboración, en el que los involucrados participan conjuntamente en la resolución de su problema. Las partes no pueden ser forzadas a entrar en la mediación o a pactar un convenio, ni puede el mediador imponer una solución a las partes.

El mediador

Como puede observarse de lo hasta aquí expuesto, el elemento clave en la mediación es el mediador; éste es el que debe procurar los medios óptimos para lograr que las partes solucionen su conflicto.

Dentro de las actividades y características del mediador, encontramos las siguientes⁽⁵⁾:

- a) Calma la ira o sentimientos irritados de los participantes;
- b) Dirige la discusión de manera neutral;
- c) Asegura que los participantes tengan amplia oportunidad para poder hablar;
- d) Ayuda a los participantes para diferenciar los intereses de las posiciones;
- e) Trabaja con los participantes para la elaboración de soluciones propias de sus necesidades;
- f) Gana la confianza de los participantes, para que ellos puedan compartir información confidencial acerca de intereses y alternativas;
- g) Comunica la información, traduciéndola del lenguaje negativo a uno positivo;
- h) Sirve como agente realista, auxiliando a los participantes a ser más realistas acerca de sus alternativas;
- i) Procura que las negociaciones se hagan cuando los participantes estén listos para ello, y no en otra época o momento y,
- j) Actúa como agente neutralizador cuando las cosas salen mal.

En resumen, “un mediador necesita reservas infinitas de paciencia, inventiva, buen humor y persuasión. Puede actuar con las partes unidas o separadamente”⁽⁶⁾.

Etapas del procedimiento de mediación

Antes de comenzar la mediación, el mediador debe tener en cuenta que algunas materias no son susceptibles de mediación, para tal efecto, es menester que se consulte la legislación a fin de determinar si el asunto es susceptible de mediación. Por regla general, los asuntos que son objeto de transacción se pueden resolver con la mediación.

Aunque no están previstos en alguna norma los pasos del procedimiento de mediación, siguiendo los propuestos por Linda R. Singer, podemos decir que las etapas son las siguientes:

- a) Contacto inicial entre mediador y participantes;
- b) Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos;
- c) Obtención de información del litigio, identificando las pretensiones de los participantes;
- d) Incentivar la elaboración de diversas opciones;
- e) Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes y
- f) Elaborarles a los participantes el convenio de solución, así como los procedimientos para implementarlo.

⁽⁴⁾ Algunos autores refieren éste tercero también como “arbitrador”.

Cabe señalar que para algunos autores, en la práctica comercial la mediación y la conciliación suelen ser referidas como sinónimos. De hecho, para éstos últimos, ambos mecanismos presentan una gran similitud, y la línea divisoria entre uno y otro puede llegar a ser muy tenue (y es más bien doctrinal). Cfr. Luis Enrique Graham Tapia, *El arbitraje comercial*, Editorial Themis, México, 2000, p. 17.

⁽⁵⁾ Linda R. Singer, citada por Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, Perezniето Editores, 1994; pp. 10 y 11.

⁽⁶⁾ Linda R. Singer, citada por Silva, Ob. Cit., pag. 11.

A fin de que se tenga una idea más clara del contenido de cada una de las etapas antes listadas del proceso de mediación, a continuación se analiza cada una de ellas, conforme a las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (Reglas CAMCA)⁽⁷⁾ y el Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Reglamento CANACO)⁽⁸⁾.

Debe aclararse previamente que los participantes en el proceso de mediación, pueden en cualquier momento variar mediante convenio por escrito, los procedimientos contenidos en las reglas antes referidas⁽⁹⁾.

a) Contacto inicial entre mediador y participantes

El participante que tome la iniciativa de la mediación, debe enviar por escrito una solicitud en tal sentido, sea al otro participante (como en el caso de las Reglas CANACO) o al órgano administrador (como en el caso de las Reglas CAMCA), pero en todo caso el procedimiento de mediación iniciará una vez que ambos participantes estén de acuerdo en someterse al mismo⁽¹⁰⁾.

En los casos que la solicitud se envíe a un órgano administrador, éste último puede invitar al otro participante a la mediación, procurando obtener el acuerdo de ambos⁽¹¹⁾.

En todo caso, la solicitud de mediación o el documento donde se establezca el sometimiento a la misma contendrá una breve descripción de la naturaleza del conflicto, y los nombres, direcciones y números telefónicos de todos los participantes en conflicto y de sus representante, si los hubiere.

La parte solicitante debe entregar, si es el caso, simultáneamente dos copias de la solicitud al órgano administrador y una copia para cada parte en conflicto⁽¹²⁾.

Normalmente existe un solo mediador, a menos que las partes acuerden que sean más. Cuando existe más de un mediador, éstos deberán actuar, por regla general, de consuno⁽¹³⁾.

Los participantes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del mediador, en caso contrario, el órgano administrador intervendrá en su designación conforme a los métodos previstos en el Reglamento correspondiente⁽¹⁴⁾.

Los participantes, al acordar someterse a la mediación, se comprometen a conducirse con rectitud y buena fe, así como a esforzarse para resolver la controversia⁽¹⁵⁾.

Los participante también pueden hacerse representar o asesorar por personas de su elección, pero se deben asegurar que sus representantes tengan la autoridad necesaria para resolver la controversia⁽¹⁶⁾.

b) Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos

Normalmente el mediador, en consulta con los participantes, fijará la fecha y la hora para cada sesión de mediación. El lugar será cualquiera que resulte conveniente y cómodo para el mediador y las partes⁽¹⁷⁾.

⁽⁷⁾ En vigor desde el 15 de marzo de 1996.

⁽⁸⁾ En vigor desde el 25 de septiembre de 2000.

⁽⁹⁾ Ver artículo 1 Reglas CAMCA y artículo 1 Reglas CANACO.

⁽¹⁰⁾ Ver artículo 2, párrafo 2 Reglas CANACO.

⁽¹¹⁾ Ver artículo 2, párrafo 1 Reglas CAMCA.

⁽¹²⁾ Ver artículo 2, párrafo 2 Reglas CAMCA.

⁽¹³⁾ Ver artículo 3 Reglas CANACO.

⁽¹⁴⁾ Por ejemplo sistema de listas del artículo 4 de las Reglas CAMCA.

⁽¹⁵⁾ Ver artículo 8 Reglas CAMCA.

⁽¹⁶⁾ Ver artículo 8 Reglas CAMCA y 6 Reglas CANACO.

Luis Enrique Graham Tapia, recomienda que en el procedimiento intervengan miembros del nivel directivo (top management) de cada una de las partes, pues ellos cuentan con la información “de primera mano” de los aspectos más relevantes del asunto en cuestión. Además, tienen el nivel de decisión para responder rápidamente a las propuestas y contrapropuestas que se presentan en el marco de la mediación. “Una mediación se puede entorpecer si se abren constantes recesos para consultas. La mediación requiere de un fresco intercambio de información entre las partes. Los recesos pueden dar lugar a segundos pensamientos que podrían provocar retracción de posturas”. Op. cit. p. 18.

En una de dichas sesiones, el mediador propondrá a los participantes reglas mínimas para el desarrollo del procedimiento.

c) Obtener información del litigio, identificando las pretensiones de los participantes

El mediador, después de su designación, solicitará de cada una de las partes que le presenten una sucinta exposición por escrito describiendo la naturaleza general de la controversia y los puntos en litigio, debiendo cada parte enviar a la otra un ejemplar de esa exposición.

El mediador puede solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, por escrito, sobre su respectiva exposición y sobre los hechos y motivos en que ésta se funda, acompañada de los documentos y otros medios de prueba que cada parte estime adecuados, con la posibilidad de solicitar de una de las partes la presentación de otros documentos que estimare adecuados en cualquier etapa del procedimiento⁽¹⁸⁾.

Cuando sea necesario, el mediador también podrá requerir opiniones de expertos sobre aspectos técnicos de la controversia, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y cubran los costos de obtención de dichas opiniones⁽¹⁹⁾.

Las sesiones de mediación deben ser privadas. Si el mediador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que ésta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si una parte proporciona información al mediador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el mediador no revelará esta información⁽²⁰⁾.

d) Incentivar la elaboración de diversas opciones

Cada una de las partes, a iniciativa propia o a invitación del mediador, podrá presentar a éste sugerencias para la transacción de la controversia.⁽²¹⁾

El mediador puede, en cualquier etapa del procedimiento de mediación, formular propuestas para una transacción de la controversia, sin que sea preciso que consten por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas⁽²²⁾.

e) Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes / f) Elaborarles el convenio de solución así como los procedimientos para implementarlo

Cuando el mediador estime que existen elementos suficientes para una transacción aceptable por las partes, formulará los términos de un proyecto de transacción y los presentará a las partes para que éstas expresen sus observaciones.

En vista de las observaciones, el mediador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción.

Si las partes llegan a un acuerdo sobre la transacción de la controversia, redactarán y firmarán un acuerdo escrito de transacción. Si las partes así lo solicitan, el mediador redactará el acuerdo de transacción o ayudará a las partes a redactarlo.⁽²³⁾

En todo caso, la mediación termina por: (i) la ejecución del convenio de solución por las partes, (ii) por una declaración por escrito del mediador en el sentido de que no es conveniente prolongar los esfuerzos para la mediación; o, (iii) por una declaración por escrito de una parte o de las partes, en el sentido de que los procedimientos de mediación han terminado⁽²⁴⁾.

⁽¹⁷⁾ Ver artículo 9 Reglas CAMCA.

⁽¹⁸⁾ Ver artículo 5 Reglas CANACO

⁽¹⁹⁾ Ver artículo 7 Reglas CAMCA.

⁽²⁰⁾ Ver artículo 10 Reglas CANACO y artículos 11 y 12 Reglas CAMCA.

⁽²¹⁾ Artículo 12 Reglas CANACO.

⁽²²⁾ Artículo 7 Reglas CANACO.

⁽²³⁾ Artículo 13 Reglas CANACO.

⁽²⁴⁾ Artículo 14 Reglas CAMCA.

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Por: Lic. César García Méndez

El desarrollo tecnológico aunado a la tendencia irreversible a la globalización en el comercio internacional ha originado situaciones inéditas, no sólo en cuanto a el uso y simplificación de los medios de contratación actuales sino en cuanto al contenido y forma propiamente de dichos contratos.

La sofisticación de las operaciones mercantiles y su versatilidad generan irremediamente la obsolescencia de los cuerpos legales que pretenden regularlas; los tribunales jurisdiccionales se ven enfrentados con situaciones que implican a la vez que un conflicto de leyes y competencias, el conocimiento de situaciones no previstas en los códigos aplicables o en la interpretación jurisprudencial.

Aunado a lo anterior, un caso de pluralidad de partes, común en el comercio internacional actual, se traduce, necesariamente, en una pluralidad de competencias en relación a las controversias que pudieran surgir entre las partes, lo que motiva y refuerza el uso de los medios alternativos de Resolución de Controversias y, principalmente, como la experiencia lo ha establecido, el del arbitraje.

Los beneficios del juicio arbitral como medio convencional de resolución de controversias resultan en la actualidad evidentes a la vista de los problemas descritos, y resulta el medio de resolución de controversias que con más versatilidad y especialización se adecua a las necesidades del mundo moderno en relación a las transacciones internacionales de carácter mercantil; sin embargo, existen situaciones todavía, en las cuales las necesidades actuales demandan aún posibilidades mayores y más específicas a cada situación fáctica.

Una de las áreas de mayor significación dentro de la resolución de controversias mediante el juicio arbitral lo es, sin lugar a dudas, la de las medidas precautorias dentro de este procedimiento.

Resulta evidente que la versatilidad y rapidez de las transacciones comerciales requiere de medidas de protección de los bienes, derechos o intereses económicos involucrados en la transacción que resulten no sólo adecuadas en cuanto a su especialidad y extensión, sino oportunas en cuanto a su aplicación.

Ahora bien, al hablar de medidas precautorias dentro del arbitraje no puede dejarse de lado la naturaleza contractual de este ya que ; es el acuerdo de voluntades de las partes, y sólo este, el que las somete al arbitraje y el que dá vida al procedimiento y facultades al tribunal para resolver la controversia vinculando a las partes a su resolución.

En este sentido, el arbitraje no constituye una prórroga de competencia de los tribunales estatales en favor de particulares, ya que dicha prórroga no puede darse; lo que si hay es el sometimiento convencional de las partes a la decisión de un tercero en relación a una controversia determinada, de acuerdo a los términos y condiciones pactados por ellas. Existe pues una sustitución, por voluntad de las partes, del órgano resolutor de la controversia, lo que, sin constituir una prórroga en cuanto a la competencia del tribunal jurisdiccional, si le inhibe para el conocimiento de los asuntos que las partes han convenido someterse al arbitraje.

En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente ejecutoria:

Juicio Arbitral. Naturaleza Jurídica del Arbitro.- El arbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la Ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral no pueda revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional.

Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia. Suplemento del año de 1933. Pág. 852.

La interpretación citada es exacta en sus términos. El arbitraje es un procedimiento privado de naturaleza convencional, que tiene su origen en la voluntad de las partes y que, en razón de esta, faculta o somete a la decisión de terceros la solución de una controversia, pero que no implica para el Tribunal Arbitral jurisdicción propia ni delegada, por lo que la ejecución del laudo arbitral depende de la asunción del mismo por el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, siendo que las medidas precautorias son aquellas que, dada la naturaleza de la controversia, resultan necesarias a efecto de que se preserve el bien o derecho controvertido, o se garantice la ejecución del laudo, y siendo que el procedimiento arbitral, como ha quedado dicho, es un procedimiento de carácter privado y que las resoluciones del tribunal no son ejecutables por carecer aquel de la facultad de imperio propia de los órganos jurisdiccionales y que la ejecución depende de la asunción por el tribunal estatal de las resoluciones del árbitro, resulta que en este sentido el Tribunal Arbitral no desplaza al órgano jurisdiccional, sino que lo complementa.

En efecto, el tribunal estatal actúa en función a facultades expresas, que en materia de medidas precautorias de naturaleza mercantil se constriñen de forma genérica, a las contenidas en el artículo 1171 del Código de Comercio que establece:

“Artículo 1171.- No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona en el caso de la fracción I del artículo 1168, y en el secuestro de bienes en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo.”

El artículo en comento, producto legislativo de las necesidades del México del siglo XIX, resulta en la actualidad anacrónico y ajeno a la realidad del comercio actual.

El Reglamento Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, vigente desde el 1° de enero de 1998, otorga al Tribunal Arbitral amplias facultades para la toma de las medidas precautorias o provisionales que resulten adecuadas, en su concepto, a efectos de preservar la materia del litigio o garantizar el cumplimiento del laudo; así en su inciso (1) establece:

“Artículo 23.- Medidas cautelares y provisionales.

1

Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que la solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o laudo, según el Tribunal lo estime conveniente.”

El artículo en cita no deja lugar a dudas en cuanto a las facultades irrestrictas del Tribunal Arbitral; en efecto, por convenio expreso de las partes y en ejercicio de las facultades otorgadas por estas, el Tribunal Arbitral tiene la capacidad de tomar todas aquellas medidas cautelares y provisionales que resulten pertinentes, lo que dá al arbitraje la ventaja no sólo del aseguramiento de bienes y derechos a efectos de garantizar la ejecución del laudo, sino más aún, la de preservar y asegurar pruebas o situaciones jurídicas existentes entre las partes y que inciden en la relación jurídica materia del arbitraje.

Lo anterior no nos impide señalar situaciones en que el arbitraje por su propia naturaleza, resulta aún insuficiente.

Una limitante que se vislumbra, resulta de la naturaleza misma del arbitraje, es evidente que el Tribunal Arbitral tiene capacidad de actuación, en forma vinculativa para las partes, únicamente a partir de su integración y no antes, por lo que al momento de surgir una controversia entre estas, no existe la posibilidad de concurrir a él para la obtención de las medidas precautorias que el caso requiere precisamente en el momento en que se hacen necesarias. Resulta claro en este caso que la parte que requiera de dichas medidas cautelares deberá acudir a los órganos jurisdicciones para la obtención de las mismas, lo anterior sin menoscabo del acuerdo arbitral firmado entre ellas.

En este sentido, el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio establece:

“Artículo 23

Medidas Cautelares y provisionales

2

Las partes podrán antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaria. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral.”

Otra limitante se advierte en relación a circunstancia similar que se presenta en relación a las medidas precautorias que el órgano jurisdiccional puede tomar *inaudita altera parte*, situación que evidentemente no puede darse en relación al Tribunal Arbitral; una vez más la participación del

órgano jurisdiccional se hace necesaria en los términos citados, antes o aún durante el procedimiento arbitral (artículo 1425 del Código de Comercio).

Otra limitación consiste en la carencia de imperio en las resoluciones del Tribunal Arbitral, lo que implica que este no pueda imponer en forma coercitiva su ejecución. En este sentido debe distinguirse entre la facultad del Tribunal Arbitral para tomar las medidas precautorias que resulten necesarias y la ejecución de las mismas prevista en nuestro derecho por artículo 1463 último párrafo del Código de Comercio. En este aspecto resulta evidente que las medidas que pueden ser tomadas por el Tribunal Arbitral, exceden a aquellas que puede ordenar el órgano jurisdiccional, aunque corresponda a este último su ejecución.

Es claro también que, como ha quedado dicho, el procedimiento arbitral es de carácter privado y de naturaleza contractual, por lo que las medidas precautorias decretadas por el Tribunal Arbitral, se limitarán a bienes, derechos o circunstancias relativas a las partes en el convenio arbitral y en ninguna forma podrán trascender a terceros.

De lo expuesto se hace patente que el arbitraje no desplaza a los órganos jurisdiccionales sino que los complementa y requiere, en muchos casos, de la ayuda de estos que, asumiendo las resoluciones del Tribunal Arbitral las dota de imperio haciéndolas de esta manera ejecutables.

Ahora bien, si las partes acordaron en dotar al Tribunal Arbitral de las facultades necesarias para tomar cualquier medida precautoria que resulte necesaria en relación a la controversia sometida al arbitraje, no resulta entonces que el órgano jurisdiccional tendrá las mismas facultades en relación a las medidas que pudieran serle solicitadas por las partes en un arbitraje, ya sea antes de iniciado el arbitraje o durante este, por ser esta la intención expresa de las partes.

A este respecto es claro que el órgano jurisdiccional actúa en función a facultades expresas y se ve constricto por los términos de los artículos relativos del Código de Comercio, específicamente el 1171, por lo que no tendrá la capacidad de dictar otras medidas que las previstas en este Código.

No cabe duda que las medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral tienen una importancia vital, ya que implican la factibilidad de la ejecución del laudo y aún del ejercicio exitoso de la acción; por lo que es necesario abundar en el tema y continuar con la búsqueda de solución a los problemas planteados, en beneficio de la institución del arbitraje pero, en última instancia, en beneficio de las partes contratantes en las transacciones internacionales de carácter comercial.

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS

Por: Lic. Francisco González de Cossío *

La mujer del Príncipe no sólo debe ser casta y pura... debe aparentarlo.
– Nicolás Maquiavelo

El lector podrá preguntarse la razón por la que he incluido la frase encontrada al principio de este comentario. La razón es que dicho proverbio sintetiza cómo deben conducirse los árbitros.

1.- Introducción

Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.⁶³

En el contexto de la constitución de un tribunal arbitral pluri-membre, la designación por cada parte de 'su' árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinativos del éxito de un procedimiento arbitral.⁶⁴ Por consiguiente, su designación o aceptación debe obedecer a razones diversas que, si bien no serán objeto del presente estudio, pueden resumirse en cualidades morales e intelectuales (incluyendo profesionales y académicas).

El enfoque de este comentario lo será un aspecto de las cualidades morales: el deber del árbitro de ser independiente e imparcial, y el alcance del mismo.

2.- Independencia e Imparcialidad

Es un requisito fundamental del arbitraje comercial *internacional*⁶⁵ el que los árbitros sean y permanezcan tanto "independientes" como "imparciales". Estos dos adjetivos no son del autor. Más bien son los términos de arte que han encontrado eco en las legislaciones y reglas arbitrales a nivel mundial.

A primera vista, ambos términos podrían parecer intercambiables y, por ende, tautológicos. Podría pensarse que se refieren a un mismo tema: neutralidad. Sin embargo, tienen significados jurídicos distintos.

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

* Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C.

⁶³ Pieter Sanders, QUO VADIS ARBITRATION? Sixty Years of Arbitration Practice, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 224.

⁶⁴ Ello por razones obvias. La posibilidad de designar a uno de los tomadores de decisiones es de gran trascendencia. Sin embargo, la designación de un árbitro puede, para entenderse, equipararse la facultad de elegir a un amo: una vez designado, se estará sujeto a sus determinaciones.

⁶⁵ Pongo énfasis en el calificativo de *internacional* puesto que dichas cualidades varían de conformidad con la *lex arbitri* y práctica arbitral de cada jurisdicción. Por ejemplo, los árbitros en procedimientos locales en Estados Unidos consideran que el único que tiene que cumplir con dicho doble requisito es el "neutral" (es decir, el árbitro que preside el Tribunal arbitral) a diferencia de los "árbitros-de-parte" (o "no-neutrales"). Ver, por ejemplo, las *Ethics for International Arbitrators* de la IBA (que se abordarán con posterioridad–sección IV.L de este comentario). A su vez, véase las reglas de la AAA de Arbitraje *Internacional* del 7 de abril de 1997 que requieren que todos los árbitros designados de conformidad con las mismas sean independientes e imparciales (Artículo 7). En contraposición con lo anterior, ver las Reglas de Arbitraje *Comercial* de la AAA (en especial las reglas 12 y 19 que no sujetan al requisito de imparcialidad e independencia a los "árbitros-de-parte", sólo al "neutral") así como el Código de Ética para los Arbitros en Controversias Comerciales de la AAA ("*The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*") que no requieren cumplir con dicho requisito (ver canon VII).

- **Independencia:** Es un criterio *objetivo* que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”.⁶⁶ Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia.
- **Imparcialidad:** Es un criterio *subjetivo* y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.⁶⁷

Un árbitro independiente puede ser parcial de la misma manera en que un árbitro que haya tenido nexos con una parte puede hacer abstracción de los mismos y juzgar imparcialmente.

El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: *el arbitraje se basa en la confianza*.

Por lo anterior, un árbitro no sólo debe desplegar las credenciales intelectuales, académicas y profesionales requeridas por las partes, sino que además debe contar con las virtudes morales de un juzgador.⁶⁸ Pero su arsenal de cualidades no se detiene allí. *¡Además debe aparentarlo!* – Es decir, debe ser virtuoso tanto en fondo como en forma.⁶⁹

A primera vista, lo anterior parecería no ser tan serio. Sin embargo, la falta de apariencia de imparcialidad e independencia ha dado lugar a múltiples problemas. Me gustaría citar un caso con la finalidad de sensibilizar al lector de lo delicado de este tema.

Existe en los anales de anécdotas relacionadas con el arbitraje un caso en el cual un árbitro fue amenazado y físicamente atacado como consecuencia de la falta de guardar la apariencia de independencia e imparcialidad. En efecto, el 3 de septiembre de 1984 un miembro del Tribunal Irán–Estados Unidos de América,⁷⁰ el señor Nils Mångard, fue amenazado de muerte y violentamente atacado –con intención de extrangularlo– por el señor Kashani e instigado y tolerado por el señor Shefeiei, ambos miembros del Tribunal designados por Irán.⁷¹

La justificación proporcionada por los árbitros iraníes fue que la falta de neutralidad y total sumisión del señor Mångard a los deseos e intereses del gobierno y empresas transnacionales estadounidenses estaba causando un daño irreparable a Irán.⁷² Sostenían que el expediente del tribunal demuestra que en todas las instancias en las cuales había participado, dicho árbitro votó en favor del gobierno de Estados Unidos. Más aún, su actividad en las sesiones se había limitado a proporcionar el voto ya sea favorable a Estados Unidos o negativo a Irán y nunca proporcionó argumento alguno que soportara su postura.

⁶⁶ Tomando prestados los calificativos de Stephen Bond, THE EXPERIENCE OF THE ICC IN THE CONFIRMATION/APPOINTMENT STAGE OF AN ARBITRATION, THE ARBITRAL PROCESS AND THE INDEPENDENCE OF ARBITRATORS, (ICC Publishing 1991), pg. 13.

⁶⁷ Emmanuel Gaillard y John Savage (editores) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pg. 567.

⁶⁸ El hecho que el arbitraje comercial internacional esta conformado por “grandes hombres” de gran reputación y reconocimiento internacional es un tema que ha dado lugar a análisis sociológicos. (Yves Dezalay y Bryant G. Garth, DEALING IN VIRTUE, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1996.)

⁶⁹ Alan Redfern y Martin Hunter, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, London, 1999, pg. 212.

⁷⁰ Conocido como “*The Iran-U.S. Claims Tribunal*” que substituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y adjudicar las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos contra Irán y de ciudadanos de Irán contra el gobierno de Estados Unidos. El mismo se estableció mediante los Acuerdos de Algeria (“Algiers Accords”) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.

⁷¹ Las palabras exactas del Juez Kashani fueron “*If Mångard ever dares to enter the Tribunal chamber again, either his corpse or my corpse will elave it rolling down the stairs*” (Memorandum al Juez Moons de John R. Crook del 17 de septiembre de 1984, Citado por Stewart Abercrombie Baker y Mark David Davis, THE UNCITRAL ARBITRATION RULES IN PRACTICE. THE EXPERIENCE OF THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992, pgs. 40-41.)

⁷² Carta de fecha 6 de septiembre de 1984 de los árbitros iraníes al Presidente del Tribunal Irán–Estados Unidos, David D. Caron y John R. Crook, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pg. 178.

3.- Ambito de este Estudio

Es mi propósito en este comentario hacer un bosquejo general del panorama de este tema con la finalidad de brindar orientación tanto teórica como práctica a los árbitros prospectivos. A su vez, procuraré hacer hincapié en un aspecto interesante y es que el alcance de dicho deber ha rebasado sus fronteras iniciales y ahora no sólo se le exige a los árbitros el ser independientes e imparciales, ¡sino además aparentarlo!

Con la finalidad de describir a lo que me refiero, haré alusión a la regulación de este tema en reglamentos arbitrales (Sección IV), legislaciones arbitrales (Sección V), derecho mexicano (Sección VI) para finalizar con ciertas recomendaciones prácticas (Sección VI) que pueden ser considerados reglas profilácticas; es decir, reglas que de seguirse asegurarán evitar problemas.

4.- Reglamentos Arbitrales

En los reglamentos de arbitraje se encuentra una clara tendencia para incluir ya sea uno o ambos términos de arte: “independencia” e “imparcialidad”, por las razones que en un momento se mencionarán.

Si bien la regulación del deber de imparcialidad e independencia varía en cada una de las reglas arbitrales, una vez examinadas las mismas podrá observarse que constituyen diversas maneras de abordar un mismo tema y llegar a un mismo resultado: asegurar que el árbitro en cuestión sea apto para decidir en forma justa y desinteresada una controversia.

A. *Reglamento de Arbitraje de la CCI*

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (el “Reglamento CCI”) en este contexto señala lo siguiente:

“Artículo 7(1) Todo árbitro debe ser y permanecer *independiente* de las partes en el arbitraje.” (mi énfasis)

Como puede observarse, dicho reglamento – que es uno de los más modernos del mundo– únicamente habla de la “independencia” de los árbitros. La cualidad de “imparcialidad” no se ha incluido. ¿Debe entonces inferirse que un árbitro CCI puede carecer de la misma? La respuesta es negativa.

Los redactores de las actuales reglas de la CCI debatieron dicho punto⁷³ y llegaron a la conclusión que no se incluiría el requisito de “imparcialidad” puesto que el término “independencia” se concebía como un medio para llegar a un fin: ningún árbitro que haya tenido relación de tal naturaleza que afecte su libertad de decisión puede ser considerado como “independiente”.⁷⁴ El término “independencia”, aunque difícil de definir,⁷⁵ se consideró mejor que “imparcialidad” en la medida en que es un concepto objetivo mientras que imparcialidad se refiere por lo general a un estado mental cuya determinación puede ser imposible (más que por el árbitro mismo al momento de ser designado).⁷⁶

B. *Reglamento de Arbitraje de la CIADI*

Dentro del mecanismo CIADI,⁷⁷ la Convención de Washington⁷⁸ establece que:

⁷³ Resumen de las juntas sostenidas el 2 de abril de 1987, ICC Doc. No. 420/297.

⁷⁴ Informe presentado ante el Congreso de la CCI en Madrid el 17 de Junio de 1975 por Jean Robert, *rapporteur* de la Comisión redactora de las Reglas de la CCI de 1975, (ICC Doc. No. 420/179, pg. 3.) Citado por Yves Derains y Eric A. Schwartz, A GUIDE TO THE NEW ICC RULES OF ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, pg. 109.

⁷⁵ W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Oceana Publications, Third Edition, 2000, pg. 210.

⁷⁶ Dominique Hascher, ICC PRACTICE IN RELATION TO THE APPOINTMENT, CONFIRMATION, CHALLENGE AND REPLACEMENT OF ARBITRATORS, ICC Court Bulletin, vol. 6, No. 2 (1995) pgs. 4-6.

⁷⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

⁷⁸ Me refiero al Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que entró en vigor el 14 de Octubre de 1966.

“Artículo 14(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las fianzas, e inspirar plena confianza en su *imparcialidad* de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en al Lista de Arbitros.” (mi énfasis)

Para implementar lo anterior, la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI exige que los árbitros firmen una declaración en la cual se establece que no existe “razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje” y que juzgará con equidad y no aceptará instrucción o compensación alguna de fuente distinta a lo dispuesto en la Convención CIADI en adición a brindar una declaración sobre las relaciones que pudieren existir con las partes.⁷⁹

Si bien las versiones iniciales de la Convención que crea el CIADI no incluían la necesidad de independencia e imparcialidad de los conciliadores o árbitros, los debates dieron origen a la inserción del término “*imparcialidad de juicio*” como resultado de la preocupación de los padres de dicha convención porque los árbitros que decidan dichas controversias sean independientes e imparciales.⁸⁰

En este contexto, se ha aclarado que la independencia e imparcialidad se suscita no en abstracto, sino en concreto. En relación con una controversia o parte en particular. Una persona puede ser perfectamente capaz de ser independiente pero ser inelegible en caso de que exista un conflicto de intereses en el caso en particular.⁸¹

Si bien se busca la ausencia de conflicto de intereses, una sospecha *subjetiva* sobre el árbitro no lo descalifica. El criterio de conflicto de intereses es uno *objetivo* que es independiente del carácter moral del árbitro en cuestión. La incidencia que la circunstancia en particular tendrá en el asunto es totalmente dependiente de la naturaleza, vigencia y trascendencia del “conflicto de intereses”.

A manera de ejemplo, en el caso *Amco v. Indonesia*,⁸² la parte demandada propuso la descalificación del árbitro del demandante con fundamento en que había brindado consultoría fiscal al individuo que controlaba a los demandantes, así como la existencia de un acuerdo de participación de utilidades entre el representante legal de los demandantes y el árbitro. No obstante lo razonable de la preocupación la propuesta para descalificar fue rechazada por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso. Sin embargo, en otro caso –*Holiday Inns v. Morocco*⁸³– el árbitro de la parte demandante tuvo que renunciar cuando divulgó que cuatro años antes había sido el director de uno de los demandantes. Del cotejo de ambos casos puede observarse cómo casos de diferentes matices de “conflictos de interés” pueden dar lugar a resultados diversos sobre la elegibilidad de un árbitro.

C. *Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL*

El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL⁸⁴ dice al respecto que:

⁷⁹ La carta que los árbitros deben firmar al ser nominados debe decir:

“A mi leal sabe y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre y “Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llega a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte.

Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones sobre Estados y Nacionales de otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo.

Adjunto una declaración sobre mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales.”

⁸⁰ History Vol. I., pg. 74, Vol. II, pgs 56, 386-388, y 485. Aron Broches, A CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES OF 1965. EXPLANATORY NOTES AND SURVEY OF ITS APPLICATION, 18 Yearbook of Commercial Arbitration, pg. 638 (1993).

⁸¹ Christoph H. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Cambridge University Press, 2001, pg. 57.

⁸² Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia (Case No. ARB/81/1).

⁸³ Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (Case No. ARB/72/1).

⁸⁴ Adoptado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) en abril de 1976. Report of the UNCITRAL on the Work of its Ninth Session, 1976, VII UNCITRAL Y.B. (part 1) 9, 20, U.N. Doc. A/31/17 (1976)

“Artículo 9. Un árbitro prospectivo debe revelar a quienes se le acerquen en relación con una posible designación todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su **imparcialidad** o **independencia**. El árbitro, desde el momento de su nombramiento, revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.”⁸⁵

Dicho dispositivo genérico, que fue emulado por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, es el resultado de considerar que una definición específica de las bases para recusación no sería una guía tan útil para la mayoría de los casos.⁸⁶ Ante un problema cuya solución es tan dependiente de las (variables) circunstancias del caso particular, la solución más apropiada lo era una fórmula genérica, más que un listado casuista o taxativo de las circunstancias que generan problemas.

En los *travaux préparatoires* puede encontrarse una discusión interesante en torno a lo que debe entenderse por “imparcialidad” e “independencia”. Se llegó a hablar de dos géneros de hipótesis como bases de recusación: (i) absolutas; y (ii) relativas.⁸⁷ Dentro de las primera se encontraban situaciones como lo son vínculos o intereses en el resultado del litigio, ya sean personales o financieros. En el segundo se encontrarían casos como lo pueden ser nexos familiares remotos.

El acreditamiento de la existencia de una causal *absoluta* conllevaría una descalificación inmediata. En cambio, una causal *relativa* exigiría además que se acreditara no sólo la existencia del nexo sino también que el mismo crea “dudas justificadas” acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.⁸⁸

D. Reglamento de Arbitraje de la AAA

Las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) establecen:

“Artículo 7(1). Los árbitros que actúen bajo estas reglas serán **imparciales e independientes**. Antes de aceptar el nombramiento, la persona propuesta como árbitro informará a la administradora sobre cualquier circunstancias que pudiera dar lugar a dudas justificadas con respecto a su imparcialidad o independencia. Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información dada por el árbitro o por una parte, la administradora la comunicará a las otras partes y al tribunal.” (énfasis añadido)

E. Reglamento de Arbitraje de la LCIA

En Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) establece por su cuenta:

“5.2 Todos los árbitros que instruyan un arbitraje al amparo de este Reglamento serán y se mantendrán en todo momento **imparciales e independientes** de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún árbitro, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado.” (énfasis agregado)

F. Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio de Estocolmo

El Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone:

“17(1) El árbitro deberá ser **imparcial e independiente**.”

G. CAMCA

Las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (“CAMCA”) establecen:

⁸⁵ Traducción del autor. La versión original en inglés dice “*A prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connection with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances as to the parties unless they have already been informed by him of these circumstances.*”.

⁸⁶ David D. Caron y John R. Crook, *THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION*, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pg. 48.

⁸⁷ Preliminary Discussion Report, Note on the Travaux Préparatoires, pg. 32.

⁸⁸ David D. Caron y John R. Crook, *THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION*, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pgs. 47-48.

“Artículo 8. Todos los árbitros que actúen con base en las presentes reglas deberán ser **imparciales e independientes**. Antes de aceptar un nombramiento, el candidato a árbitro deberá revelar al administrador cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado, el árbitro deberá revelar cualquier información adicional a las partes o al administrador. Cuando se reciba información de un árbitro o una parte, el administrador la comunicará a las partes y al árbitro.” (énfasis añadido)

H. CAM

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México dice:

“Artículo 13(1) Todo árbitro debe ser y permanecer **independiente** de las partes.”

En virtud de que el Reglamento de Arbitraje del CAM es casi idéntico al del Reglamento CCI, los comentarios realizados en la sección IV.A pueden ser de utilidad al respecto.

I. CANACO

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México dice:

“Artículo 12(1) La persona propuesta como árbitro debe revelar a la Comisión todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de su **imparcialidad o independencia**. Una vez nombrado o elegido el árbitro, la Comisión revelará tales circunstancias a las partes, a menos que previamente hayan sido informadas de ellas.”

J. Corte Arbitral para el Deporte

La Regla 33 de las Reglas Procesales de la Corte Arbitral del Deporte establecen que todos los árbitros deberán ser y permanecer independientes de las partes y divulgar cualesquiera circunstancias que puedan afectar la independencia de cualquiera de las partes.⁸⁹

A su vez, el Artículo 12 de las Reglas de Arbitraje de Arbitraje para los XIX Juegos Olímpicos de Invierno en Salt Lake City establece:⁹⁰ “*Todos los árbitros deben ser independientes de las partes y divulgar inmediatamente cualesquiera circunstancias que puedan comprometer su independencia.*”⁹¹

K. OMPI

El Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (“OMPI”) establece en su artículo 22 que: (a) Todo árbitro será **imparcial e independiente**.

L. Reglas de Ética de la IBA

Si bien las Reglas de Ética para Arbitros Internacionales de la International Bar Association (“IBA”) (“*Ethics for International Arbitrators*”) de 1987 no son reglas arbitrales y su aplicación por los árbitros es discrecional,⁹² las mismas reflejan lo que la comunidad arbitral internacional considera que son los cánones de conducta que deben seguir los árbitros internacionales.

Las Reglas Éticas de la IBA establecen cuatro cuestiones que inciden en nuestro tema y que comentaré: (i) la regla fundamental de los árbitros; (ii) los elementos de lo que debe entenderse por parcialidad; (iii) la apariencia de parcialidad; y (iv) el deber de revelación.

i) La Regla Fundamental: Ausencia de Parcialidad

Las reglas comienzan estableciendo en su nota introductoria que los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos.⁹³

⁸⁹ Literalmente: “*Every arbitrator shall be and remain independent of the parties and shall immediately disclose any circumstances likely to affect independence with respect to any of the parties.*”

⁹⁰ Arbitration Rules for the XIX Olympic Winter Games in Salt Lake City.

⁹¹ Textualmente, “*All arbitrators must have legal training and possess recognized competence with regard to sport. They must be independent of the parties and disclose immediately any circumstance likely to compromise their independence.*”

⁹² Claro, a menos que las partes en el arbitraje pacten su obligatoriedad, en cuyo caso dejan de ser de observación discrecional.

⁹³ “*International Arbitrators should be impartial, independent, competent, diligent and discreet. (...)*”

La solución aportada por las Reglas de Ética de la IBA al problema de imparcialidad e independencia ha sido el establecer que ambas cualidades son elementos de un requisito que deben cumplir los árbitros: permanecer libre de parcialidad alguna.⁹⁴

Las reglas establecen que dicho deber constituye la “regla fundamental” aplicable a los árbitros.⁹⁵ Para lograrla las Reglas establecen lo que debe entenderse por ello y regula el deber de revelación.

ii) Los Elementos de Parcialidad

El concepto de parcialidad (“bias”) esta conformado por dos criterios: imparcialidad e independencia.

- *Parcialidad*: Existirá parcialidad cuando un árbitro favorezca a una de las partes o cuando tenga un prejuicio en relación con la controversia.
- *Dependencia*: Existirá dependencia cuando existan relaciones entre el árbitro y las partes o con alguien relacionado cercanamente con una de las partes.

iii) La Apariencia de Parcialidad

Las reglas abordan el tema de apariencia de prejuicio y aclaran que cuando existan circunstancias⁹⁶ que puedan hacerle pensar a una persona razonable que, desconociendo el estado mental del árbitro, pudiere considerar que existe dependencia por parte del mismo, existirá *apariencia de parcialidad*. La manera de abordar y evitar la apariencia de parcialidad es cumpliendo adecuadamente con el deber de revelación.

iv) El Deber de Revelación

Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificará.

Por contrario, el revelar las circunstancias correspondientes pone al árbitro en la cómoda situación consistente en que quedará blindado de cualesquiera recusaciones futuras, o ataques de nulidad o no-reconocimiento al laudo, así como acciones demandándole daños y perjuicios.⁹⁷

5.- Leyes Arbitrales

Habiendo mencionado la difusión de los términos aludidos en los reglamentos y otros instrumentos arbitrales, a continuación haré una mención de la postura que legal y jurisprudencialmente han adoptado las jurisdicciones más importantes y desarrolladas en esta materia.

a) Estados Unidos de América

La *Federal Arbitration Act* (“FAA”)⁹⁸ de 1925, que es la *lex arbitri* federal de Estados Unidos de América, acerca de este tema establece que un laudo puede ser anulado cuando exista “parcialidad evidente” en un árbitro.⁹⁹

⁹⁴ He utilizado la palabra “*parcialidad*” como la mejor traducción que he encontrado del término “*bias*” que es el que emplean las Reglas de Ética. Sin embargo, dicho término es más amplio y alude a la existencia de prejuicio, favoritismo o tendencia a favorecer a una parte. Por consiguiente, el término de parcialidad como traducción de “*bias*” en el contexto de las reglas de la IBA debe entenderse en forma amplia abarcando tanto dependencia (vínculo objetivo) como parcialidad (aspecto subjetivo que implica un estado mental que presenta una ausencia de favoritismo a una de las partes).

⁹⁵ La Regla 1 dice: “**1. Fundamental Rule.** *Arbitrators shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and shall be and shall remain free from bias.*”. Continúa la Regla 2.1: “*A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is fully satisfied that he is able to discharge his duties without bias.*”.

⁹⁶ Las cuales incluyen, pero no están limitadas a, relaciones entre el árbitro y las partes, el que el árbitro tenga un interés en el resultado del arbitraje, el que existan relaciones de negocios directas o indirectas entre el árbitro y una de las partes o una persona que pueda potencialmente ser un testigo importante. Una relación profesional o inclusive social continuada y substancial entre el árbitro y una parte o con un testigo potencial generalmente dará lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro prospectivo. (Reglas 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, y 3.5 de las Reglas de Ética de la IBA)

⁹⁷ Inclusive en jurisdicciones en las que no existe la inmunidad del árbitro. El comentario anterior es matizable y dependiente de diversas circunstancias. Sin embargo, para efectos del presente me limitaré a comentar que en la medida en que se cumpla con el deber de revelar, un árbitro tendrá una mejor situación en caso de ser demandado. Por contrario, el no revelar cierta situación que afecte de nulidad o no-reconocimiento el laudo podría generar responsabilidad civil y profesional.

⁹⁸ 9 U.S.C. §§1 a 16.

El precedente más importante en esta jurisdicción en el tema que nos atañe es el caso de *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*¹⁰⁰ en el cual la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos anuló¹⁰¹ un laudo en el cual el tercer árbitro, escogido por los árbitros de parte, no divulgó la existencia de ciertos nexos con una de las partes del arbitraje.¹⁰²

Este caso resulta especialmente interesante a los practicantes e interesados en el arbitraje puesto que existen diversas circunstancias que militaban contra el resultado adoptado por la Suprema Corte de Justicia. Por principio de cuentas, el vínculo en cuestión era endeble y pasado.¹⁰³ Es decir, ya no existía. Además, no sólo nunca se acreditó una ausencia de independencia o imparcialidad, sino todo lo contrario. El expediente dejaba claro que no existía parcialidad del árbitro. Existían constancias que acreditaban que el árbitro que falló a su deber de divulgar se comportó con prudencia y equidad procesal. Más aún, tanto las cortes de primera y segunda instancia como las opiniones disidentes de la Suprema Corte de Justicia dejaron claro que no existía indicio alguno de parcialidad por parte del árbitro.¹⁰⁴

Es decir, a la Suprema Corte de Justicia le quedaba claro que no existía en el expediente base alguna para determinar que en efecto había una falta de independencia o imparcialidad. Sin embargo, y no obstante que el solicitante no había sufrido perjuicio alguno por la falta de revelación, dicho órgano decidió fijar el precedente que aún en presencia de independencia e imparcialidad de los árbitros, el no cumplir estrictamente con el deber de revelación de un árbitro traía como resultado una especie de regla *per se* de nulidad.

El mensaje es claro: *cualquier duda acerca de la necesidad de divulgar alguna circunstancia o nexo debe ser resuelta en favor de la revelación, por más endeble o cuestionable que sea.*

El resultado es que este caso torna al deber de revelar en un tema muy delicado y establece un umbral de prueba muy bajo para anular o negar el reconocimiento en Estados Unidos de América de un laudo con fundamento en la falta de apariencia de imparcialidad como resultado de la falta de divulgación de algún nexo o circunstancia.

Como conclusión puede decirse que la apariencia de parcialidad es una base para anular cuando el árbitro no reveló el vínculo mientras que parcialidad comprobada es una base para anular cuando el vínculo ha sido revelado.¹⁰⁵

⁹⁹ Textualmente, la Sección 10 de la FAA establece que: “*In either of the following cases the United States Court (...) may make an order vacating the award upon th application of any party to the arbitration: (...) (b) Where there was **evident partiality** or corruption in the arbitrators, or either of them. (...)*”.

¹⁰⁰ 393 U.S. 145 (1968). Existen casos que citan esta decisión como fundamento del requisito que los árbitros no sólo sean imparciales sino que lo aparenten pero que aún en circunstancias similares llegan a decisiones contrarias. Por ejemplo, *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.* (517 F.Supp. 948 (S.D. Ohio 1981)), *Andros Compania Maritima v. Marc Rich & Co.* (579 F.2d 691, 700 (2d Cir. 1978)), *International Produce, Inc. v. A/S Rosshavet* (638 F.2d 548 (2d Cir. 1981)).

¹⁰¹ El término que utiliza la FAA es “*vacate*”, equiparable a la anulación.

¹⁰² En específico, una de las partes en el arbitraje era un contratista y uno de sus clientes habituales. La relación era esporádica ya que los servicios del árbitro eran solicitados sólo en ocasiones y con intervalos y no había habido tratos durante el año inmediato anterior al arbitraje.

¹⁰³ Inclusive el abogado de la parte que solicitaba la nulidad del laudo manifestó que de habersele notificado las relaciones pre-existentes del árbitro, lo más probable es que no se hubiera objetado las mismas. (Literalmente: “*Petitioner’s counsel candidly admitted that if he had been told about the arbitrator’s prior relationship “I don’t think I would have objected because I know Mr. Caprese [the arbitrator]”*”)

¹⁰⁴ El Ministro (Justice) White presentó una opinión concurrente y el Ministro Fortas una enérgica opinión disidente en la que manifiesta que las cortes de las dos primeras instancias determinaron que el procedimiento arbitral había sido llevado en forma justa e imparcial y que la decisión había sido correcta. Más aún, las solicitudes de nulidad constituyen un caso típico de una parte perdedora que hecha mano de todos los recursos legales posibles para no cumplir con el laudo arbitral. A su vez, un factor que también militaba en contra de la decisión de la mayoría de anular el laudo lo era que el derecho aplicable (sección 10(b) de la FAA) requería ‘parcialidad evidente’ (‘*evident partiality*’) para anular, y no *aparencia* de imparcialidad, lo cual era la decisión de la mayoría de la Corte.

¹⁰⁵ Doak Bishop y Lucy Reed, PRACTICAL GUIDELINES FOR INTERVIEWING, SELECTING AND CHALLENGING PARTY-APPOINTED ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 14, No. 4, 1998, pgs. 406-407.

b) Francia

El Nuevo Código de Procedimiento Civil francés (“*Nouveau Code de Procédure Civile*”) establece que “(...) un árbitro que considere que existe una causal para su recusación debe informar a las partes de ello. En dicho caso, no puede aceptar el nombramiento a menos que las partes estén de acuerdo.”¹⁰⁶

La Corte de Casación en el caso *Ury c/ Galeries Lafayette*¹⁰⁷ estableció que ‘independencia’ se refiere a una concepción estrictamente objetiva. A su vez, en el caso *Société Gemence et autres c/Siape SA*, la Corte de Apelación de París recaló que la independencia es una parte esencial de la función jurisdiccional de un árbitro como resultado del carácter de juez que tiene *vis-à-vis* las partes en el arbitraje. La obligación de información que recae sobre el árbitro busca brindar a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de recusación.¹⁰⁸

En diversos casos las cortes francesas han establecido que el concepto de independencia excluye cualquier relación que pueda implicar subordinación o dependencia con cualquiera de las partes. Las circunstancias en las cuales se funda una recusación basada en ausencia de independencia deben constituir, mediante la existencia de vínculos materiales o intelectuales, una situación que pueda afectar el buen juicio del árbitro creando un riesgo de parcialidad en favor de una de las partes en el arbitraje.¹⁰⁹

A manera de conclusión, me permito citar a Matthieu de Boissésón quien, para explicar el canon de conducta que deben observar los árbitros, elocuentemente dice: “la independencia es la única cara del árbitro internacional.”¹¹⁰

c) Suiza

La ley de derecho internacional privado (*Private International Law Act*)¹¹¹ establece que un árbitro puede ser recusado si existen circunstancias que resulten en dudas justificadas acerca de su independencia.¹¹²

La cualidad de independencia del árbitro de las partes se considera imperativa e irrenunciable. Durante las labores legislativas se analizó incluir el requerimiento de imparcialidad pero fue eliminado puesto que se consideró que dentro del contexto de un tribunal tri-partita, el presidente tiene la obligación de ser tanto imparcial como neutral.¹¹³

Se citó y analizó el recurrente caso de los árbitros que consideran que su misión es la de defender y, de ser posible, hacer triunfar, a la parte que los designó. Se analizaron las siguientes posibilidades: (i) que los árbitros sean independientes de ambas partes; o (ii) que los árbitros sean representantes de ambas partes (adoptando así el método estadounidense). Se optó por la primera opción.¹¹⁴

¹⁰⁶ Textualmente: “Article 1452. (...) L’arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu’avec l’accord de ces parties.”

¹⁰⁷ Del 13 de abril de 1972.

¹⁰⁸ Dicha decisión, en su parte relevante dice : “... l’indépendance de l’arbitre est de l’essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d’une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tous liens de dépendance à l’égard des parties, et que, d’autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l’existence de liens matériels ou intellectuels avec l’une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre en constituant un risque certain de prévention à l’égard d’une partie à l’arbitrage; (...) l’obligation légale d’information qui pèse sur l’arbitre quant à de telles circonstances afin de permettre aux parties d’exercer leur faculté légale de récusation doit s’apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l’arbitre; (...)”

¹⁰⁹ Casos *T.A.I. v. S.I.A.P.E.* –Corte de Apelación de París, 2 de junio de 1989, y *Gemanco v. S.A.E.P.A.* – 1991 REV. ARB. 87, citados por Fouchard, Gaillard, Goldman, *ob cit.*, pg. 565.

¹¹⁰ Matthieu de Boissésón, LE DROIT FRANCAIS DEL ’ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, GNL Editions, 1990, pg. 778.

¹¹¹ En vigor del 1o de enero de 1989.

¹¹² El precepto a la letra dice en inglés: “Article 180. An arbitrator may be challenged: (...) c. If circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his **independence**.”. En francés dice: “Article. 180. Un arbitre peut être récusé: (...) c. lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son **indépendance**.”.

¹¹³ Pierre Lalive, Jean-Francois Poudret, Claude Reymond, LE DROIT DE L’ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL EN SUISSE, Editions Payot Lausanne, 1989, pgs. 338-339.

¹¹⁴ Lalive, Poudret, Reymond, *Op. Cit.*, pgs. 338-341.

Un comentario útil lo es que en la determinación de la independencia del árbitro no hay absolutos. Depende de la apreciación de circunstancias concretas. Entre las circunstancias que generalmente presentan problemas se ejemplificaron: aquellas en las que exista subordinación del árbitro; cuando existan lazos económicos importantes; cuando se presenten relaciones profesionales constantes; cuando existan promesas de remuneración adicional. Al aquilatar lo anterior debe de tomarse en consideración la personalidad del árbitro.¹¹⁵

d) Inglaterra

La Ley de Arbitraje de 1996 (*Arbitration Act 1996*) –ampliamente reconocida como una de las leyes arbitrales más modernas– establece la obligación de los árbitros de actuar con imparcialidad.¹¹⁶

El reporte del comité de redacción de la nueva ley de arbitraje manifestó que la ‘independencia’ es una cualidad que viene en segundo lugar de ‘imparcialidad’. Es decir, la ausencia de independencia, a menos que de lugar a dudas legítimas acerca de a imparcialidad de un árbitro, es intrascendente.¹¹⁷

El sentir del comité fue que en la medida en que es la imparcialidad la que preocupa, la “*dependencia imparcial*”¹¹⁸ no es razón suficiente para remover a un árbitro.¹¹⁹ Más aún, el incluir independencia como criterio orientador generaría argumentos que buscarían encontrar un vínculo, por más remoto que fuera, para recusar a un árbitro.¹²⁰ Además hay casos en los cuales las partes pueden desear que los árbitros estén familiarizados con el área en la que versa la controversia en lugar de ser completamente independientes. Sin embargo, la ausencia de independencia puede dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad de un árbitro, lo cual sí esta contemplado como razón para recusar¹²¹ o atacar el laudo de nulidad de conformidad con la sección 68¹²² de la misma ley.¹²³

Las Cortes inglesas han sostenido que la mera apariencia de parcialidad es suficiente para descalificar a un árbitro.¹²⁴ Un precedente interesante lo constituye el caso *Veritas Shipping Corp. v. Anglo-Canadian Cement, Ltd.*¹²⁵ en el cual una corte de Londres removió al árbitro designado por una de las partes en un arbitraje ya que él se designó a si mismo como el árbitro de la parte demandada, en su carácter de director administrativo (*Managing Director*) de dicha entidad. El fundamento que la corte londinense dio fue que los árbitros no sólo deben actuar judicial e imparcialmente, *sino que además deben aparentarlo*.

6.- México

¹¹⁵ Id., pgs. 340-341.

¹¹⁶ El artículo 33 establece: “General Duty of the Tribunal. 33. (1) *The tribunal shall- (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, (...)*”.

¹¹⁷ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 26.

¹¹⁸ Lo que el comité llamó ‘*non-partiality lack of independence*’. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 26.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Como de hecho sucede en otras jurisdicciones. Por ejemplo, Estados Unidos de América y Suecia.

¹²¹ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 27.

¹²² La Sección 68 regula la posibilidad de atacar un laudo con fundamento en la existencia de una irregularidad seria (“*serious irregularity*”) que afecte ya sea al tribunal, al procedimiento o al laudo arbitral.

¹²³ Martin Hunter y Toby Landau, THE ENGLISH ARBITRATION ACT 1996: Text and Notes, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pg. 31.

¹²⁴ Metropolitan Properties Co. Ltd. v. Lannon [1969] QB 577 pg. 599 (per Lord Denning). Tupman, CHALLENGE AND DISQUALIFICATION OF ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 38 Int’l & Comp. LQ 26, 1989, pg 50.

¹²⁵ [1966] 1 Lloyd’s L. Rep. 76 (Q.B. 1965). Vale la pena mencionar que esta decisión fue emitida con anterioridad a la ley arbitral actualmente en vigor (de 1996). Sin embargo, es útil para ejemplificar el temperamento de las cortes inglesas en este tema, en especial por que la motivación de la remoción del árbitro lo fue apariencia de imparcialidad.

a) Independencia e Imparcialidad en Derecho Arbitral Mexicano

La *lex arbitri* mexicana esta contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (artículos 1415 a 1463). El derecho mexicano acogió la Ley Modelo de la CNUDMI¹²⁶ sobre Arbitraje Comercial Internacional casi en su totalidad (los cambios fueron pocos y la mayoría son de tipo cosmético).

En nuestro tema, el Código de Comercio establece:

“Artículo 1428. La persona a quien se comuniquen sus posibles nombramientos como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su **imparcialidad** o **independencia**. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad** o **independencia**, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Dicho precepto, que fue tomado del artículo 12 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, establece las bases para recusar a un árbitro y los requisitos de revelación.¹²⁷

El aspecto central de éste precepto es que no busca establecer una lista detallada de todos los posibles vínculos o circunstancias que pueden existir para justificar una recusación. Más bien, establece dos fórmulas o bases generales con fundamento en las cuales puede recusarse un árbitro: (1) cuando existan circunstancias que “puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”; y (2) que carezca de las credenciales/cualidades particulares exigidas por las partes.¹²⁸ Lo anterior constituye la única base con fundamento en la cual se puede recusar un árbitro.¹²⁹ Acerca de la segunda no abundaré puesto que es auto-explicativa y rebasa el tema que me ocupa.

Dentro de las hipótesis que se estima que deben quedar incluidas dentro de la frase general “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia” se encuentra la conducta parcial o tildada en favor de una de las partes.¹³⁰

A su vez, en el contexto de la facultad del juez para designar a un árbitro se establece que “...Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro **independiente e imparcial**.”¹³¹

b) Apariencia de Imparcialidad

Como puede observarse el derecho mexicano repite los criterios que las jurisdicciones y reglas arbitrales más avanzadas establecen como guías para determinar la elegibilidad de un árbitro: independencia e imparcialidad.

Si bien dicho dispositivo no alude expresamente a la apariencia de imparcialidad y a la fecha no existe caso alguno que haya ventilado el tema, me atrevería a afirmar que la frase “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia” podría y debería interpretarse como entrañando dicho concepto. A continuación explicaré porque.

¹²⁶ Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional o “UNCITRAL”, por sus siglas en inglés – “United Nations Commission on International Trade Law”. (Ver Exposición de Motivos de la iniciativa de ley de la Cámara de Diputados de fecha 1o de junio de 1993 que dice: “...De merecer la aprobación de ese honorable Congreso de la Unión, se incorporarían las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es el resultado de una negociación universal realizada en el seno de las Naciones Unidas. La Asamblea General de este organismo recomendó a todos los países que examinaran debidamente la mencionada Ley Modelo y tomaran en cuenta la convivencia de uniformar el derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.”)

¹²⁷ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Legislative History and Commentary, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, pg. 388.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Aron Broches, A COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pg. 59.

¹³⁰ First Secretariat Note, A/CN.9/207, para. 65, p. 391.

¹³¹ Artículo 1427 del Código de Comercio.

Considero que hay dos argumentos que fundamentan la conclusión en el sentido que la noción de apariencia de imparcialidad puede derivarse del artículo 1428 del Código de Comercio: (i) la naturaleza y fines del arbitraje; y (ii) la experiencia extranjera.

i) La Naturaleza y Fines del Arbitraje

El arbitraje se funda en la confianza. Por consiguiente, deben tomarse medidas que fomenten la misma.

El requerir que un árbitro no sólo reúna las cualidades intelectuales y virtudes morales aplicables sino que además se comporte de una manera que reitere la existencia de las mismas ante los ojos de quienes lo ha investido con el poder de solucionar el conflicto confiando en dicho mecanismo de solución de controversias es razonable y fomentaría en cumplimiento voluntario de los mismos.

ii) La Experiencia Internacional

Existen tres razones por las que creo que la experiencia internacional (resumida en la sección V de este comentario) debe ser tomada en consideración e influir la postura que la judicatura tome en relación con este tema. La primera es que los laudos internacionales tienen “curso legal” internacional gracias a las convenciones internacionales que México ha ratificado,¹³² por lo que, si se pretende lograr el objetivo de dichos instrumentos (fomentar la ejecución de los laudos extranjeros), los laudos deben observar las tendencias y precauciones que en otras jurisdicciones empiezan a prevalecer, en especial aquellas que pueden resultar en obstaculización en la ejecución de los mismos. El no hacerlo podría restar al objetivo de darle entera fe y crédito a los laudos.

La segunda razón consiste en que la experiencia y casos extranjeros versan sobre la misma problemática y, en varios casos, se apoyan en los mismos textos (o textos substancialmente parecidos con frecuencia emulados en aquellos) que han dado origen a las resoluciones en cuestión. Por consiguiente, el siguiente principio de integración jurídica justificaría el hacerlo: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición (*ubi eadem ratio idem jus*).¹³³

La tercer razón es que existe una tendencia a uniformar o armonizar la práctica del arbitraje comercial internacional como resultado del “choque de culturas” jurídicas que a nivel internacional se ha presentado entre no sólo los derechos (substantivos y adjetivos) del mundo, sino también en las nociones de lo que se acepta en la solución de conflictos. El adoptar la teoría de apariencia sería congruente con dicha tendencia.

c) Postura Contra la Adopción de la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad

Existen argumentos en contra de esta postura. A saber: (i) El Código de Comercio no habla de apariencia de imparcialidad o independencia, por lo que parecería que a la cadena de razonamiento que arroja dicha conclusión le falta un eslabón.¹³⁴ (ii) El aceptar dicha teoría podría interpretarse como contrario a la actitud pro-arbitraje¹³⁵ de la Ley Modelo (y, por ende, Código de Comercio) así como las convenciones internacionales de las que México es parte.¹³⁶ (iii) La exposición de motivos de las reformas que introdujeron la Ley Modelo de la CNUDMI como parte de nuestro Código de Comercio es omisa al respecto. (iv) Los comentarios sobre los debates que dieron origen a la Ley Modelo no dicen nada al respecto.¹³⁷

¹³² La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958 (que entró en vigor el 7 de junio de 1959 y que México publicó en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975 (que entró en vigor el 16 de junio de 1976 y que México publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 1978 y 27 de abril de 1978).

¹³³ Técnicamente, me refiero en el principio de integración por analogía según del cual, ante la existencia de una igualdad de motivos debe dársele la misma consecuencia jurídica, a menos que exista una excepción expresa (*exceptio est strictissimae interpretationis*).

¹³⁴ En mi opinión esta postura no sería convincente puesto que (a) la frase “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia” podría interpretarse en ese sentido; y (b) el que la ley no haga alusión expresa no resta a que la jurisprudencia pueda interpretar el que el mismo se deriva de disposiciones relacionadas.

¹³⁵ Conocido internacionalmente como el “*pro-enforcement bias*” que dicta que ante la duda entre ejecutar o no ejecutar un laudo, en ausencia de una razón de peso, debe preferirse la eficacia del mismo.

¹³⁶ Considero dicho argumento inconvincente puesto que (a) el que desee fomentar el arbitraje no le resta a que se encause/regule el mismo; y (b) adoptar la teoría de la apariencia podría ser una medida que fomentaría el arbitraje en la medida en que la confianza incremental o marginal que se obtenga de su adopción mejorará el uso del mismo.

¹³⁷ En mi opinión el que la iniciativa de ley o doctrina no aborde la teoría de la apariencia no evita el que se adopte. Tan sólo debilita la postura que la busca adoptar con base en argumentos de tipo de método exegético de interpretación o integración de derecho.

Sin embargo, por las razones mencionadas, considero que ninguno de los argumentos anteriores es razón suficiente para obstaculizar el nacimiento vía jurisprudencia de dicho concepto.

d) Precauciones al Adoptar la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad

Mencionado lo anterior creo que de adoptarse la noción de *apariencia de imparcialidad* debe tomarse con ciertas reservas y no adoptando una regla de nulidad *per se* como lo ha hecho la judicatura de Estados Unidos. Por principio de cuentas, *no es posible que una corte anule o deje de reconocer un laudo simplemente con base en una apariencia de imparcialidad puesto que no está contemplado como una de las causales contenidas en los artículos 1457 o 1462 del Código de Comercio y, como es sabido, las únicas causales que pueden (más no tienen que) dar lugar a una nulidad o no reconocimiento de laudo en derecho mexicano son aquellas limitativamente enumeradas en dichos preceptos.*

En mi opinión, para que una demanda de nulidad o solicitud de no-reconocimiento de un laudo pueda proceder en base a la apariencia de imparcialidad derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, la parte demandante debe acreditar claramente el perjuicio que sufrió al respecto, y que el mismo es de grado tal que se vio mermado en su derecho a que la controversia se ventile mediante un proceso debido, con fundamento en el artículo 1457(I)(b) y/o 1462(I)(b) del Código de Comercio.

Es decir, *la simple apariencia no debe ser suficiente*. Sólo un indicio. Para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulado. De otra manera se corre el riesgo de abrir la puerta a chicanas para evitar el cumplimiento de un laudo.

7.- Recomendaciones Prácticas

Habiendo explicado la importancia no sólo de ser independiente e imparcial, a continuación presentaré algunas sugerencias que pueden servir para asegurarse que las apariencias se están guardando.

Creo que lo anterior puede ser de especial utilidad puesto que en mi experiencia, con frecuencia estas reglas de 'etiqueta' arbitral se violan más por desconocimiento que por dolo.

a) Principio

Como principio de conducta debe recalcar que la mejor manera de evitar problemas es la revelación por un candidato de árbitro de todas las circunstancias que pueden dar pie a una de las partes en el arbitraje a dudar del árbitro. Cualquiera duda debe resolverse en favor de la divulgación.

Confieso que lo anterior pone a un árbitro prospectivo en un dilema puesto que las declaraciones de independencia no-calificadas son preferidas a aquellas que lo son. Además, el revelar cuestiones triviales puede darle municiones a una parte que desee emplear tácticas dilatorias. Sin embargo, el buen ejercicio del deber de revelación es tanto un escudo como una espada. Me refiero a que el revelar en forma total no sólo blindará al árbitro de futuros problemas, sino puede ser utilizado para defenderse de futuros ataques o cuestionamientos sobre su carácter.

Al revelar las circunstancias aplicables, los árbitros deben ser cándidos y responder expansivamente y sin cortapisas a todas las preguntas que se le hagan ya que la evaluación que de ello harán las partes en el arbitraje será un examen totalmente circunstancial.

Una cuestión adicional que no debe perderse de vista a efecto de entender el porqué de la conveniencia de revelar ampliamente es que el que exista o no apariencia de parcialidad se determina desde el punto de vista de la contra-parte en el arbitraje que no lo elige. Es decir, para aquilatar si una parte en el arbitraje tiene razón para dudar de la imparcialidad de un árbitro, el órgano que lo analice debe ponerse en los zapatos de dicha parte tomando en consideración que desconoce la verdad y que el arbitraje es un proceso adversarial, una batalla, en la cual las ventajas estratégicas cuentan y pueden determinar el resultado de la misma. Es lo anterior lo que explica el que las partes sean sensibles sobre este tema y lo que convierte a las apariencias en un tema de importancia.

b) Factores que Descalifican

Los siguientes factores deben tomarse como impedimentos para ser árbitro en la controversia en particular.¹³⁸ De existir, el candidato de árbitro debe renunciar al encargo:

- i) Un interés financiero en la controversia o asunto objeto de la misma;
- ii) Un interés financiero en una de las partes de la controversia o sus representantes;
- iii) Relaciones familiares cercanas con una de las partes o sus representantes;
- iv) Involucramiento no-financiero en el asunto, la controversia o el objeto de la controversia;
- v) Involucramiento en las discusiones para transigir el asunto; y
- vi) Una relación adversarial con una de las partes.

c) Factores que no Descalifican

Las siguientes son circunstancias que, si bien mencionarlas podría parecer perogrullo, con frecuencia personas poco familiarizadas con el arbitraje utilizan (sin éxito) como motivación de una recusación:

- i) Publicaciones profesiones o conferencias;
- ii) Asociaciones profesionales;
- iii) Posicionamiento en la misma industria;
- iv) Relación con la institución arbitral.

d) Factores que deben Analizarse

Al margen de las anteriores situaciones que son claras, existen diversos factores que, lejos de ser un negro o blanco, son grises, y algunos con matices diferentes de gris: (i) Relaciones de negocios pasadas con una parte y sus representantes; (ii) relaciones familiares endeble con una de las partes y sus representantes; (iii) amistad con una de las partes y sus representantes; (iv) afiliaciones entre despachos; (v) compartir oficinas entre abogados no-asociados entre ellos; y (vi) servicios en otros arbitrajes.¹³⁹

En términos generales, el que la presencia de dichas circunstancias den lugar a una descalificación de un árbitro es totalmente dependiente de las características del caso. Sin embargo, existe una sobre la que quisiera hacer un comentario: servicios en otros arbitrajes.

A efecto de determinar la posibilidad de que el haber participado en otro arbitraje constituya un óbice para participar en otro, deben analizarse las circunstancias con la finalidad de determinar si se presenta alguno de los siguientes peligros que, de existir, o tenerse una duda fundada de que existen, debe dar lugar a una descalificación del árbitro:

1. La posibilidad de que haya prejuzgado sobre la responsabilidad de una de las partes en la controversia.
2. La posibilidad de que haya tenido acceso a información o pruebas delicadas en el primer procedimiento que puedan incidir en su ánimo en el siguiente arbitraje.
3. El que el árbitro, como resultado de múltiples nominaciones, se haya generado un vínculo financiero que merme su "independencia".

e) Comunicaciones con el Tribunal

Por último, quisiera hacer una breve mención acerca de las comunicaciones entre las partes y el árbitro puesto que en mi experiencia ello constituye una causa de problemas recurrentes. Para ello, quisiera diferenciar entre tres etapas:

i) Antes de la Designación

Con frecuencia un árbitro prospectivo es entrevistado antes de ser designado. Lo anterior es apropiado siempre y cuando la discusión de la controversia no rebase una mera descripción neutral con la finalidad de sondear las aptitudes del árbitro, posibles conflictos de interés y/o

¹³⁸ Los mismos han sido interesantemente abordados en el estudio de Doak Bishop y Lucy Reed, PRACTICAL GUIDELINES FOR INTERVIEWING, SELECTING AND CHALLENGING PARTY-APPOINTED ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 14, No. 4, 1998, pgs. 407-423.

¹³⁹ Idem.

disponibilidad de tiempo. Sin embargo, la parte que lo entreviste debe evitar abogar por una postura o hacer preguntas hipotéticas que sondeen la postura que podría adoptar el árbitro.

Como es de imaginarse, en estos temas se esta en el área de lo subjetivo y es difícil establecer reglas precisas. Sin embargo, lo que queda claro es que entre menos se acaten estas pautas y entre menos se guarden las apariencias más probable es que se comprometa la posibilidad de que dicho árbitro participe en la controversia, se recuse el mismo, y/o se ponga en peligro la validez/ejecutabilidad del laudo.

ii) Durante el Procedimiento Arbitral

Una vez designado el árbitro, las comunicaciones *ex parte*, es decir, las comunicaciones entre el árbitro y la parte que lo designó, deben evitarse. Son inapropiadas. Inclusive, podrían ser la base para una recusación o demanda de nulidad o no-reconocimiento.¹⁴⁰

iii) Concluido el Procedimiento Arbitral

Una vez concluido el asunto,¹⁴¹ siempre y cuando se cuide no incurrir en alguna de las siguientes circunstancias, no es mal visto el platicar con el árbitro:

1. Que el árbitro no participe en otros arbitrajes que involucren a la parte en cuestión.
2. Que no se traten las deliberaciones, ya que son confidenciales.¹⁴²

8.- Comentario Final

He procurado hacer una breve descripción del difícil tema de la forma en que los árbitros deben conducirse a efecto de resguardar los cánones de conducta que deben observar con la finalidad de cumplir adecuadamente su obligación principal: *emitir un laudo válido y ejecutable*.

Como puede apreciarse del análisis realizado, se pide mucho de los árbitros. Es el propósito de este estudio el brindar orientación que facilite cumplir con dicha misión.

Nota Final

Al lector podría interesarle saber que, si bien la cita realizada al principio de este comentario es coloquialmente atribuida a Nicolás Maquiavelo en su obra “El Príncipe”, he revisado la misma con la finalidad de brindar una cita precisa y, si bien en forma exacta no existe, lo que sí existe es el consejo de dicho autor en el siguiente sentido:

“... el Príncipe no necesita poseer todas las cualidades indicadas; pero debe aparentar tenerlas. Es más, tenerlas y emplearlas es peligroso; pero, fingirlas siempre es conveniente. (...)”¹⁴³
(*mis itálicas*)

Como puede observarse, el mensaje es el mismo.

¹⁴⁰ Sección 5.3 de las Reglas de Ética de la IBA.

¹⁴¹ Es decir, que se haya pagado el laudo. Que no existan procedimientos pendientes en relación con la ejecución, nulidad, o apelación (de ser el caso – por ejemplo, en arbitrajes CIADI o TLCAN).

¹⁴² Sección 9 de las Reglas de Ética de la IBA.

¹⁴³ Nicolás Maquiavelo, EL PRÍNCIPE, Colofón, México D.F., Tercera Edición, 1989, pg. 119. (Capítulo XVIII: Si Deben Cumplir los Príncipes sus Compromisos). En Inglés: “*So a prince need not have all the aforementioned good qualities, but it is most essential that he appear to have them. Indeed, I should go so far as to say that having them and always practicing them is harmful, while seeming to have them is useful. (...)*”. (Niccolò Machiavelli, THE PRINCE, (Traducción de Thomas G. Bergin, Yale) Harlan Davidson, Inc., Wheelington, Illinois, pg. 51. Chapter XVIII: In What Manner Princes Should Keep Their Word) (énfasis añadido)

ELEMENTOS DE CONTROL A PRIORI DEL LAUDO POR PARTE DEL ÁRBITRO

Por: Lic. Francisco Javier Gorjón Gómez¹⁴⁴

Es obligación del árbitro dictar un laudo válido y ejecutable ya sea conforme a derecho o en equidad, basado en la razón del compromiso ético y legal cuando las partes seden a este sus *potestas* para la resolución de un conflicto, el árbitro tendrá que observar todos los elementos legales, lógico jurídicos, técnicos y en su caso humanos. Deberá de considerar objetiva e imparcialmente la normativa aplicable conforme las partes lo hayan determinado en el contrato, utilizando su experiencia en el área en la cual es especialista, lo que le facilita ser más claro y certero en su discernimiento, permitiéndole estar más cerca de la justicia y la equidad, que si de un proceso judicial se tratara.

La *lex mercatoria* ha establecido principios básicos en los que se debe de sustentar un laudo, reflejados en convenciones internacionales (Convención de Nueva York del 58 CNY58, Convención de Panamá del 75 CP75, Convención de Ginebra del 61 CG61), aplicables de igual manera a laudos internacionales y domésticos, mas aún cuando dichos principios son adoptados en nuestro C.Com. conforme al proyecto CNUDMI, resaltando la unificación de criterios específicos para laudos nacionales y extranjeros; conociendo estos principios y elementos el árbitro evitará un futuro incumplimiento del laudo, una denegación de ejecución por algún juez o la fatal nulidad.

El primer elemento que debe evaluar el árbitro es que las partes gocen de la capacidad legal de forma personal o en representación, basándose principalmente en normas de conflicto (*lex personae* o *lex societatis*), esto es, la capacidad para contratar, ya que el convenio arbitral es el que perfecciona al arbitraje¹⁴⁵.

El segundo elemento es la posible invalidez del acuerdo, este se dará si no se cumple con las normas mínimas que debe de reunir la exteriorización de la voluntad de las partes para comprometerse en árbitros¹⁴⁶, señaladas en el artículo II de la CNY58, por lo que deberá ser por escrito, situación que ha sido criticada por los expertos, ya que un contrato verbal que tiene validez en país determinado, se requiera que el acuerdo sea por escrito¹⁴⁷, sin embargo, señala Kreindler la necesidad de la forma escrita del convenio arbitral identificándola como una obligación para considerarse válido¹⁴⁸, independientemente de todos aquellos elementos que se necesitan observar con relación al derecho aplicable designado por las partes, lo que obliga al árbitro tener un panorama general del derecho del lugar de ejecución.

El tercer aspecto que debe de controlarse es la debida notificación en la constitución del tribunal arbitral, con relación al reglamento arbitral al cual las partes se someten, plenamente reconocido este principio por la CNY58, cuestión que ha sido argumentada conforme a la *lex fori*¹⁴⁹ para la denegación de la ejecución del laudo en algunos países¹⁵⁰, en el mismo sentido se interpretara el principio sobre la notificación en las actuaciones arbitrales.

El cuarto elemento es verificar que las partes no estén en el supuesto de una rebeldía, ya que por causas de una notificación defectuosa, podría provocar la indefensión y con ello la posible denegación o nulidad del laudo, sin embargo, cuando una de las partes provoca este supuesto conocido como rebeldía táctica o estratégica¹⁵¹, no traerá más consecuencia que el cumplimiento forzoso de la parte que se negó a participar en el procedimiento arbitral.

Como quinto elemento podemos considerar de forma negativa a la parcialidad del tribunal o panel arbitral, el artículo 1434 C.Com. es muy claro al mencionar que se deberá tratar a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos, esto implica la condición esencial que debe tener todo árbitro para el ejercicio de sus funciones, al respecto Verdura y Tuells indica que el árbitro debe de ser

¹⁴⁴ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Posgrado en Dirección y Gestión de Comercio Exterior, Miembro Supernumerario de la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional ICC México, Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Científico Jurídicas de la UANL. fgorjon@justice.com, fgorjon@hotmail.com.

¹⁴⁵ V. Sentencia del Tribunal Administrativo de Damasco, entre Fourgerolle S.A. (Francia) y el Ministerio de Defensa de la República Árabe de Siria. Tema: Capacidad del Ministerio de Defensa para Acordar el Arbitraje. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1990, pág. 515.

¹⁴⁶ V. Artículo 1423 del C.Com. y el art. 6 de la Ley sobre Arbitraje 36/88 española.

¹⁴⁷ Comentario de José María Abascal durante su participación en la mesa de trabajo de Derecho Mercantil Internacional, en el XXV Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado.

¹⁴⁸ V. Richard H. Kreindler. "The Validity of an Arbitration Clause in Matters of Product Liability". *The arbitration agreement its multifold critical aspects*. Association Suisse de L'arbitrage, Special Series, num. 8, Zürich, diciembre de 1994, pág. 129.

¹⁴⁹ V. Presse Office, S.A. vs Centro Editorial Hoy, S.A y Malden Mills, Inc. Vs Hiladuras Lourdes, S.A. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1979. pags. 301 – 304.

¹⁵⁰ V. Italturis (Italia) vs Black Sea Shipping (Rusia). *Yearbook Commercial Arbitration*. 1993, pág. 415.

¹⁵¹ V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. *Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos*. Ed. McGraw-Hill. México, 2000. pág. 243.

imparcial y capaz de valorar los argumentos de las partes sin mostrar preferencia alguna, aceptará su nombramiento si esta plenamente convencido de que podrá resolver la controversia¹⁵², en un acto de contricción.

El sexto elemento recae igual que el anterior en una actitud del árbitro, esto es, que su laudo sea incongruente, cuando este se ha extralimitado *ultra petita*, por lo que tendrá que resolver con base en las pretensiones establecidas en el convenio arbitral, existen dos tipos de incongruencia por defecto *infra petita* se refiere a que el árbitro no resuelve sobre todos los puntos sometidos a su decisión y por exceso *extra petita* cuando se excede de los términos establecidos en el convenio¹⁵³, por lo que el árbitro tendrá que ser coherente en sus razonamientos. Esta extralimitación no es la única causal de su incompetencia, las partes pueden recusarlo sí así lo consideran siempre y cuando demuestren que esta impedido por alguna causa justificada, basada en las mismas causales por las que puede ser recusado un juez, aún que el mismo resuelve sobre su competencia¹⁵⁴.

El séptimo elemento también atañe al árbitro, tendrá que evitar cualquier irregularidad en la constitución del tribunal y durante el procedimiento, aquí tenemos que aclarar que tendrá que apegarse a las normas determinadas por el reglamento elegido, sin embargo, el principio de autonomía de la voluntad de las partes prevalece, por lo que sí es voluntad de las partes hacer alguna modificación tendrá que ser lo suficientemente claro y por todos para no provocar una posible nulidad o denegación, principalmente en un arbitraje *ad-hoc*.

El octavo elemento atiende a la política legislativa del país en donde se pretenda ejecutar el laudo o del país mismo si es un laudo domestico, el orden publico es un factor preponderante que tendrá que evaluar el árbitro de forma muy minuciosa, por lo difícil de su definición, es aquí cuando se exige los mínimos conocimientos de derecho del posible lugar de ejecución, aún que el derecho publico que impera es el internacional¹⁵⁵, por ser mas flexible y restrictivo, recordando la teoría de los círculos concéntricos, ejemplo de ello, es la notificación, en nuestro país la primera notificación tendrá que ser personal y es considerada como de orden publico, sin embargo, tratándose de una ejecución vía la CNY58, prevalecerá el orden publico internacional ante el juez de exequátur.

El noveno elemento que deberá atender el árbitro al igual que el anterior se sustenta en una política legislativa, cuando el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitral, esto puede ser complicado, ya que lo que es arbitrable en un país en otro no, como sucede con el orden publico, prevaleciendo entonces la *lex fori*¹⁵⁶, por lo tanto, se tendrá que observar los diferentes códigos procesales como es el caso de México o leyes de enjuiciamiento o especificas como sucede en otras naciones¹⁵⁷, esta misma regla se aplica a las relaciones y acciones reguladas por la transacción.

Estos nueve elementos descritos de forma sucinta pueden considerarse como un catalogo que deberá atender el árbitro de carácter procesal derivado de la CNY58, mas no taxativo debido al gran numero de sistemas jurídicos, para lograr con éxito la resolución de un conflicto entre particulares; pudiéndose ampliar si de negociación o mediación se tratará, ya que los ADR son utilizados como una opción real a la solución de la impetración de la justicia en países como Estados Unidos o Argentina, ameritando un estudio exhaustivo.

¹⁵² V. Verdery y Tuells, Evelio. "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial". En RCEA, Madrid, 1994. pág. 166.

¹⁵³ V. Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 14 de octubre de 1980. *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982. pág. 316.

¹⁵⁴ Principio Kompetenz-kompetenz.

¹⁵⁵ V. Sentencia de la Corte Federal Alemana del 15 de junio de 1987. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1994. pág. 653.

¹⁵⁶ V. Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas del 4 de octubre de 1985. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1989. pág. 618.

¹⁵⁷ V. Artículo 2 de la LA española.

EL ARBITRAJE DE LA "WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANISATION – WIPO" EN EL SISTEMA DEL USO DE "DOMAINS" EN EL INTERNET

Por: Dr. Thomas Knaak

1. Introducción

En la edición No. 29 (mayo del 2000) de este Boletín Informativo se han discutido diferentes soluciones de controversias, entre las que también figuraba el arbitraje. Cabe resaltar que también hay sistemas especiales de arbitraje.

Muchas personas aprovechan las ventajas del Internet para ponerse en contacto con el resto del mundo. Las direcciones en el Internet "domains" son de gran importancia, especialmente para personas o empresas que utilizan su nombre como marca. De esto han surgido muchos conflictos por controversias relacionadas con el registro de las "domains", que también se conoce bajo la dominación de "domaingrabbing" o "cybersquatting".

Es por esto que la "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN", que es la organización responsable para el registro de las "top-level-domains":

.org,
.net,
.com

presentó un reglamento de arbitraje obligatorio para las "domains" registradas y administradas por ella.

2. Reglamento de arbitraje

Las "Rules for Uniform Domain Name Dispute Policy – "Rules" (ver: www.icann.org) contienen las regulaciones necesarias para establecer y garantizar el funcionamiento de un sistema de arbitraje especial para controversias sobre el uso de las "domains" y ha entrado en vigor con fecha del 24 de octubre de 1999.

El reglamento de arbitraje es obligatorio. Con el registro de una de las "domains" .org, .net, .com el solicitante también se somete a la aplicación de la "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy – "Policy" adoptada por ICANN el 26 de agosto de 1999. Esta "Policy" incorpora también el uso de las regulaciones para el arbitraje obligatorio.

La ICANN ha apoderado cuatro organizaciones para ejecutar dicho reglamento. Entre ellos figuran el "Institute for Dispute Resolution – CPR", la organización canadiense "eResolution", "The Nacional Arbitration Forum" de los E.E.U.U. y la más importante, la WIPO "World Intellectual Property Organisation", Suiza.

La WIPO ejerce una función comparable a la de la Cámara Internacional de Comercio en París en la ejecución del reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje (ICC Rules).

3. Procedimiento de la Corte de Arbitraje de la WIPO

El reclamante puede presentar una queja – en general en el idioma del registro de la "domain" - fundada en que la "domain" del adversario sea igual o de un parecido sorprendente a una marca del reclamante y que el adversario no posee ningún derecho propio o interés legítimo para seguir manteniendo la "domain".

Tiene que indicar el número de árbitros, ya sea un o tres, y efectuar el pago de los costos del procedimiento. Los costos se calculan según la cantidad de árbitros y la cantidad de "domains" reclamadas. Una representación formal por medio de un abogado no es exigida, pero recomendable.

Si la WIPO admite la queja, la transmite al adversario. Este tiene la posibilidad de responder a la queja y hacer sus indicaciones pertinentes con relación al número de árbitros en un término de 20 días. En caso de que el reclamante haya demandado una decisión por medio de un árbitro y el

adversario pide tres, el adversario tiene que pagar en seguida la mitad de los costos para un tribunal de tres árbitros. Si no cumple rápidamente con este pago, la decisión deberá ser tomada por un árbitro único.

Los árbitros se eligen de una lista pública, mantenida por los proveedores del Internet. El Tribunal Arbitral es nombrado – considerando las propuestas de las partes - por la WIPO, y decide sobre la queja en un término de 14 días (a no ser que haya razones especiales para prolongar este término). Solamente en casos excepcionales está previsto que se celebren audiencias orales. En conclusión este procedimiento es sumamente rápido dado que la mayoría de los casos también se resuelven bajo la utilización del e-mail o cualquier otro medio electrónico.

El Tribunal Arbitral toma su decisión considerando todos los hechos que el reclamante y el adversario hayan presentado, ya sea en forma escrita o cualquier otro medio. Las decisiones en los Tribunales de tres árbitros son tomadas por mayoría de los votos. Todas las decisiones tienen que ser redactadas por escrito, mencionando las razones en que están basadas, la fecha e identificando las personas que han actuado como árbitros. "Dissenting opinions" tienen que acompañar le decisión principal.

En caso de que la queja esté fundada, el Tribunal da la orden a la ICANN de corregir el registro debidamente. Esta orden no requiere un procedimiento de reconocimiento y ejecución de alguna Corte nacional, lo que acelera el procedimiento enormemente.

La queja está fundada, si el Tribunal opina que el registro de la "domain" ha sido efectuado con mala fe y la "domain" del adversario es igual o de un parecido sorprendente a la marca del reclamante y el adversario no posee ningún derecho propio o interés legítimo para seguir manteniendo la "domain".

La Corte de Arbitraje - no solamente de la WIPO - y los procedimientos de los Tribunales han sido muy considerados en la vida del Internet. La estadística hasta el 1ero de abril del año corriente menciona que en la corta vida de este sistema de arbitraje especial ya se han tomado 4511 disposiciones por decisiones que han afectado un total de 7815 "domains".

4. Conclusiones

Cabe resaltar que la Corte de Arbitraje de la WIPO solamente es competente para tomar decisiones en casos muy especiales relacionados con el uso del Internet ("domains" .org, net., com.). Pero su trabajo eficaz ha demostrado que el arbitraje es un medio para solucionar los problemas que han surgido con el uso del Internet. También pone en evidencia que el otorgamiento a una institución prestigiosa (WIPO) para velar sobre el buen cumplimiento de las reglas de arbitraje, es apreciada por los utilizadores del Internet.

Los diversos problemas que han surgido con el uso del Internet, que no se refieren al uso de las "domains" aquí mencionadas, especialmente en materia mercantil, pueden ser resueltos con grandes ventajas utilizando instituciones de arbitraje de prestigio como lo es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

08 de abril de 2002

LA MEDIACIÓN CREATIVA

Por: Lic. Jesús Moreno Mendoza

La voluntad y la habilidad para dar soluciones creativas y que contribuyan a resolver litigios, constituye el fundamento real del proceso de mediación. El mediador, por supuesto, juega un papel vital; un mediador capacitado: facilita la comunicación, promueve el intercambio de información y de ideas, valora la realidad de las partes, sus percepciones e ideas, aconseja, sugiere, traduce lo que se expresa y crea un clima propicio, y en ocasiones recomienda y convence, todo ello con el objeto de asistir a las partes a llegar a un acuerdo. El mediador deberá ser creativo.

La Mediación, método alternativo para resolver controversias, resuelve pleitos a través del ejercicio asistido de un poder que la mayoría de los adversarios no se dan cuenta de que lo tienen hasta que lo pierden; el mediador posee el poder para determinar sus propios resultados a través de alcanzar una resolución digna y aceptable por mutuo acuerdo. Mientras cualquier otro proceso de resolución de pleitos virtualmente concede todo o parte del poder para determinar un resultado a una tercera parte, la mediación es un proceso estructurado de manera libre, voluntario, informal.

La Mediación es una propuesta en la que no se corren riesgos ya que la partes tienen la opción de intentarlo antes sin renunciar a ningún derecho para proceder al arbitraje o al litigio o a interferir de cualquier manera con tales procesos. Los beneficios básicos son bien conocidos por la mayoría de los abogados.

Durante décadas los abogados nos hemos visto involucrados en mediaciones, actualmente somos inundados por publicaciones periódicas, libros y seminarios relacionados con la mediación. Muchos despachos jurídicos, han designado uno o más abogados para analizar los litigios comerciales relacionados con la sugerencia de hacer uso de la mediación. Probablemente se practicaría más la mediación a través de los acuerdos o asesorías legales que mediante cualquier otro proceso que iniciemos. Es sugerible entonces el uso amistoso de la mediación antes de iniciar un proceso entre adversarios.

Los abogados corporativos, están abogando por la inclusión de disposiciones contractuales que exhorten a las partes y las guíen para hacer uso de los servicios de un mediador antes de iniciar un litigio o arbitraje. Las cláusulas de arbitraje estandarizadas previamente ahora están siendo precedidas por el requisito de que las partes contraten los servicios de un mediador y negocien, de buena fe, antes de dar inicio a cualquier proceso entre adversarios. Estas cláusulas sobre mediación, se están convirtiendo en el régimen estándar a todos los niveles en los negocios, incluso entre las compañías más grandes en los Estados Unidos de Norteamérica que incluyen una disposición de mediación incluida en prácticamente todas sus relaciones contractuales.

Soluciones creativas.

Una de las razones principales por las que las empresas están eligiendo la mediación en primer lugar, es porque el proceso presenta una oportunidad para soluciones creativas, más allá de un mero intercambio de dinero u otras consideraciones tangibles. La atmósfera de la mediación respecto a reconocer que los pleitos pueden involucrar sentimientos y egos, así como consideraciones comerciales, puede estimular el proceso de llegar a un acuerdo, permitiendo la liberación y el reconocimiento de emociones en un ambiente neutro y dignificante.

Escuché en alguna ocasión que en un caso de mediación, los adversarios eran los dueños de una propiedad y los arrendatarios. Durante el arrendamiento hubo numerosos pleitos, las cuales habían sido resueltos mediante litigios y arbitraje. La relación de los arrendadores y arrendatarios se había vuelto muy agresiva. Habían perdido la amistad que había existido al principio del arrendamiento. El último pleito se resolvió durante un arbitraje, cuando uno de los abogados presentó la posibilidad de la mediación. Aunque las partes deseaban llegar a un acuerdo sólo por intentar la mediación durante una tarde, durante ese tiempo el mediador pudo estructurar una resolución de mutuo acuerdo que permitió a cada parte obtener algunos beneficios y salvar las apariencias. El resultado fue no sólo una resolución del pleito en particular sino también la creación de un ambiente en el que pudieron restablecer la relación conjunta de negocios y la relación social amistosa que había existido previamente. La mediación no siempre salvará o restablecerá las buenas relaciones, al mismo tiempo que resuelva los pleitos, con frecuencia proporciona ese beneficio subsidiario, el cual raras veces, si acaso llegara a suceder, llega a los tribunales.

Sin embargo, la mediación presenta una oportunidad para expandir los parámetros para las resoluciones a partir de un mero intercambio de valores. Una resolución podría abarcar nuevas o ulteriores relaciones comerciales o el uso de valores no monetarios tales como recomendaciones, presentaciones o disculpas.

Un mediador creativo y experimentado permite con frecuencia que las partes descubran concesiones de poco valor hacia la otra parte, pero de alto valor para la otra (probablemente no material). Esta especie de soluciones es con frecuencia la clave para un acuerdo exitoso y una de las principales razones por la que la mediación funciona aun cuando la negociación previa no asistida ha fracasado.

Uno de los pasos mas constructivos en la preparación para la mediación consiste en explorar preguntas como:

- ¿Qué es lo que más le interesa obtener de este proceso?
- Si le ofrecieran disculpas, capacitación (o cualquier cosa que pudiera ser apropiada bajo las circunstancias) ¿reduciría usted sus expectativas monetarias?
- ¿Qué piensa usted que es lo más importante que quisiera la otra parte? ¿Está usted preparado para dárselo? ¿A cambio de qué?
- En la medida de lo posible ¿cómo sería su vida después de que terminara el caso?

Estas son preguntas muy diferentes a aquéllas que usualmente los abogados preguntan a sus clientes pero éstas son el tipo de preguntas que permiten proporcionar soluciones creativas, significativas y duraderas y, lo más importante, a obtener una solución satisfactoria.

Proceso Creativo

La elección de un mediador apropiado para las partes en el pleito en particular debe involucrar el análisis de cuatro elementos:

Primero, el mediador debe capacitarse y estar experimentado en el “proceso” de mediación. Las habilidades de un buen mediador, si bien son naturales para algunos, necesitan todavía moldearse y afinarse mediante la capacitación y experiencia aunque no existen estándares nacionales ni agencias de capacitación o certificación reconocidas a nivel nacional, existen numerosos esfuerzos por centros de administración de controversias que han estado proporcionando esta capacitación. Creemos importante solicitar referencias de capacitación previa a elegir a un mediador.

Segundo, es aconsejable contratar a un mediador que tenga el conocimiento técnico relacionado con la materia del pleito a tratar. Aunque un mediador verdaderamente experto pueda serlo sin educación sobre los aspectos técnicos o legales de los pleitos, las partes deben de buscar que un mediador tenga el conocimiento de lo que es legal, de las prácticas y de los matices de los asuntos involucrados, para acelerar el proceso.

El respeto que el mediador inspira y la confianza que da a las partes son el resultado del éxito.

Cuarto, las cualidades de un buen mediador son su tenacidad y optimismo frente a una “dificultades insuperables”. Aún donde existe una gran disparidad entre las partes, hay un cierto “momento mágico” cuando, prescindiendo de su diversidad y emoción negativa, estas encontrarán un elemento en común que las ayudará a continuar negociando, para dar lugar al proceso del acuerdo final.

El optimismo respecto a que el acuerdo es posible y la tenacidad para mantener a las partes negociando son probablemente las características más importantes de un mediador exitoso.

En términos generales, el proceso de mediación empieza con el acuerdo de los procesos seguidos por una exploración de lo que las partes perciben respecto a lo que ha pasado y cómo se sienten con ello. Después se pasa a tomar en consideración todas las opciones posibles para la resolución, luego buscan un acuerdo en donde la(s) opción(es) representa(n) una base para la solución.

Normalmente, hay tres etapas en los procesos de mediación. El mediador convendrá el proceso con una “declaración de apertura” describiendo sus antecedentes, experiencias y papel neutral y la estructura del proceso y procedimientos a seguir. El mediador enfatizará en el hecho de que las partes dominan todas las fases del proceso, especialmente compromisos y acuerdos finales. La declaración de apertura también se usará para establecer la relación entre el mediador y las partes individuales de modo que las discusiones posteriores puedan ser francas, completas y abiertas.

Cuando la declaración de apertura del mediador está completa, usualmente solicitarán a una de las partes (o a su abogado) presentar su posición en presencia del mediador y de la otra parte. Cuando un abogado habla por la parte, el mediador usualmente pedirá que describa su punto de vista sobre el pleito, después, el mediador se dirigirá hacia la otra parte y repetirá el proceso. Estas declaraciones de apertura aclararán resultados, percepciones y los sentimientos acerca del pleito. Frecuentemente, sirven como una catarsis de un “día en el tribunal” terapéutico vital que habilita a las partes a empezar a enfocarse en las opciones futuras para el acuerdo.

Después de la sesión en conjunto, el mediador empezará un proceso de “caucus” (*caucusing*) o, como Henry Kissinger la definió, “diplomacia de vaivén (*shuttle diplomacy*)”. El mediador se reunirá con una sola parte y su abogado si está presente, para empezar a explorar los resultados, las posiciones y áreas y opciones para establecer un compromiso. El mediador puede intentar obtener opciones de soluciones durante el periodo de *caucus*. Por último, el mediador revisará la información suministrada por las partes, así como las opciones para un acuerdo, y solicitará el consentimiento para revelar la información a la parte contraria.

Del mismo modo, el mediador continuará posteriormente la diplomacia de vaivén hasta llegar a algún tipo de arreglo para la solución del pleito.

La mediación, siendo un proceso informal y flexible, puede ser manejada por el mediador en varias formas. Los ejemplos pueden incluir pláticas previas a la mediación, solo o con abogados, con cada una de las partes, o muchas sesiones conjuntas respecto a los futuros pactos.

Procedimientos Usuales de Mediación

La asesoría concerniente a la presentación del caso en la mediación incluye la oportunidad, el comportamiento, la confidencialidad y la sorpresa. La oportunidad en tiempo debería incluir el “intercambio” de concesiones. Frecuentemente, el consejero legal, así como el mediador, puede asistir a la parte para determinar el ámbito y la naturaleza de una concesión particular para alcanzar un objetivo deseado por la otra parte.

Las partes también pueden querer planear su comportamiento para alcanzar un efecto máximo con la parte opuesta. Ya sea presentando argumentos emocionalmente o en una manera “de cuestión de hechos” debería calcularse como parte del plan para obtener acuerdos y concesiones. Asimismo, el uso de información nueva o sorpresa puede tratarse con el consejero y el mediador para obtener un efecto máximo por las concesiones de la otra parte.

Los abogados necesitan ver al mediador como su abogado al igual que la otra parte. Las partes típicamente requieren la asistencia del mediador para planear la presentación de la información vital. Por supuesto, esto significa que las partes y los abogados deben ser completamente imparciales, abiertos y confiables con el mediador. Mientras más abiertas y honestas sean las partes con el mediador, están más cerca de alcanzar una resolución satisfactoria.

Por último, en la conclusión de cada sesión, es importante que siempre se revisen las discusiones con el mediador para mantener la información confidencial y que no alcance prematuramente el otro lado durante el proceso de mediación.

A la conclusión de una mediación exitosa, usualmente el acuerdo mutuo al que se llegue se emite por escrito y se firma. Las partes serán motivadas por el mediador a reconocer que el acuerdo es final y obligatorio para todos los aspectos del pleito. El acuerdo mutuo es un contrato que puede hacerse cumplir ante un tribunal o, si así se dispone, en arbitraje.

Otras Variaciones

El proceso de mediación es un “cambio de paradigma”, de pensar solamente quien está en lo correcto y quien está menos mal, para discutir abierta y completamente todos los intereses de las partes (lo que incluye dinero, consideraciones legales, y otras necesidades particulares, carencias, esperanzas y miedos). El proceso de mediación funciona tanto para varias partes complejas, pleitos sobre varios problemas como para pleitos comunes de dos partes.

Los mediadores experimentados, al contrario de los árbitros o jueces, no están obligados por reglas estructurales. Frecuentemente, un mediador, con consentimiento, consultará un experto técnico independiente para asistencia. Incluso la asistencia de un juez para superar una dificultad; quien podrá comentar ante las partes qué pasaría si no se llegara a ningún acuerdo.

Conclusión

La mediación al ser flexible y creativa en el proceso y en la valuación de los intereses de las partes, la satisfacción de estas aumenta gradualmente. Unas estadísticas demuestran que entre el 85% y 90% de los casos llevados a la mediación resultó en un acuerdo. Aunque muchos litigios también llegan a un acuerdo, este no se logra sino después de mucho tiempo, costo, riesgo y estrés de litigio haya pasado. Sin ninguna desventaja y con un gran beneficio potencial que fue el poder recurrir a la mesa de la mediación antes de llegar al tribunal.

LA INSTITUCION DEL DISCOVERY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO.

Por: Dr. Leonel Pereznieto Castro¹⁵⁸

En una publicación reciente del Boletín de la ICC¹⁵⁹, se dio a conocer un trabajo¹⁶⁰ en el que se plantea la discusión sobre la institución del Discovery que enfrentan desde hace tiempo posiciones pertenecientes al sistema del Common Law con aquellas del sistema de Derecho Civil. Los autores del trabajo de referencia muestran los puntos de encuentro y desencuentro en el tema al tiempo que subrayan el efecto uniformador y dinámico del arbitraje comercial internacional sobre los sistemas jurídicos nacionales. Un trabajo sustancioso, esclarecedor y que pone al día la temática. En esta breve nota quisiera retomar una parte de la discusión planteada en el citado trabajo y traerla al derecho mexicano en donde una buena cantidad de arbitrajes se llevan a cabo y en donde también con frecuencia, el ejercicio del Discovery está presente.

Como el texto de esta nota va dirigido fundamentalmente a lectores mexicanos entre los cuáles hay quienes no conocen la institución del Discovery, me permitiré hacer una breve alusión a sus características y naturaleza para luego plantearla en el contexto de del derecho del arbitraje comercial mexicano.

El Discovery es una institución regulada en los Estados Unidos de América por las legislaciones locales estatales y a nivel nacional por las Federal Rules of Civil Procedure y particularmente en su Art. 26(a). Mediante esta institución se otorga el derecho a cada una de las partes en un proceso que va a dar inicio para conocer la información básica que posee su contraparte a fin de estructurar su posición de hecho y de derecho durante el desarrollo del juicio¹⁶¹. Se trata de un procedimiento preliminar también conocido como pre trial discovery of documents que sirve para preservar las pruebas testimoniales que podrían no estar disponibles en el momento del juicio o bien, para que las partes intercambien la información que poseen sobre los hechos del proceso. Un proceder de esta naturaleza sirve para ayudar en la elaboración y definición de los puntos del litigio “y para preservar testimonios y evitar el perjurio”¹⁶².

Con objeto de llevar a la práctica las disposiciones establecidas en la Regla 26(a) antes citada, se han distinguido tradicionalmente tres fases: en la primera cada parte debe suministrar a su contraparte los nombres de las personas que tengan información relevante sobre los hechos relacionados con el proceso, incluyendo copia de los documentos, compilaciones y demás cuestiones que puedan ser necesarias y que serán exhibidas durante el proceso así como el cómputo de los daños si los hubiera y en su caso, los acuerdos con las compañías aseguradoras a los que se hubiera llegado. En la segunda fase, se deberán entregar mutuamente las partes la información relativa a los peritajes que serán utilizados durante el proceso y finalmente, en la tercera fase y poco antes del juicio, las partes se informarán acerca de los nombres de los testigos y de la documentación que será aportada como prueba durante el proceso¹⁶³. La obligación de dar a conocer la información arriba mencionada es de tal naturaleza que toda aquella información que no sea entregada a la contraparte previamente al juicio, no podrá ser validamente presentada ni desahogada durante el proceso, siempre de acuerdo a reglas que permiten el ofrecimiento de pruebas supranvenientes pero aún en estos casos, dichas pruebas deben ser puestas a la consideración de la contraparte antes de presentarlas ante el juez.

Se trata en suma de una institución que obliga a la exhibición de una amplia serie de información entre la que se puede distinguir aquella información que no es determinable por una de las partes y a quien el juez le da acceso a los archivos de la contraparte para llevar a cabo una investigación con toda amplitud a fin de encontrar algún documento o información que le sea de interés para el proceso. Una investigación de este tipo requiere de archivos abiertos. Se le conoce en el argot procesal estadounidense bajo el adjetivo muy adecuado de “fishing expedition” o “expedición de pesca”. Pero al mismo tiempo existe otro tipo de información que con frecuencia es el mas importante y que puede ser determinable al menos indirectamente por una de las partes, como es la obligación de suministrar los nombres de testigos, de peritos, tipo de pruebas que se pretenden ofrecer, cuantía de los daños a reclamar, resultados de los peritajes, etc.

¹⁵⁸ Miembro de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la CCI.

¹⁵⁹ Vol.12, No.1, Primavera del 2001.

¹⁶⁰ King.B y Bosman, L Rethinikg Discovery in international arbitration: beyond the common law and civil law divide, pp. 24 y sigs.

¹⁶¹ Sobre el tema se pueden consultar entre otros: Calvi, J.V y Coleman,S. American law and legal systems. Ed. Prentice Hall,New Yersey. 2000. 4a Ed. pp. 80 y sigs. y Fundamentals of american Law, New York University School of Law. Ed. Oxford University Press – New York. 1996. (Alain B. Morrison, general Editor) pp. 70 y sigs. En lo que corresponde al arbitraje comercial internacional sobre este tema también se puede consultar: Crowter,H. Introduction to arbitration.1998, pp.88 y sigs.

¹⁶² Kane, M.K, Civil Procedure. Ed. West Publishing, St. Paul Minn. 1996, 4ª Ed. Pp.127 y 128.

¹⁶³ Idem, pág.131.

Vista así de paso la institución del Discovery ahora corresponde analizarla en el contexto del derecho mexicano, especialmente del arbitraje comercial internacional según está previsto en el Título Cuarto, del Libro Quinto del Código de Comercio.

El principio rector del arbitraje en México, -como en general del arbitraje comercial internacional-, es el de la autonomía de la voluntad de las partes que se expresa a través del acuerdo arbitral¹⁶⁴. Si las partes han acordado someter la solución de sus controversias conforme a un acuerdo arbitral y en éste han acordado reglas que permitan el Discovery, esta institución se integra por esa voluntad de las partes al derecho mexicano y las diligencias para el conocimiento de la información que tienen en poder cada una de las partes podrán llevarse a cabo. Este es el caso de un acuerdo entre las partes que en su cláusula arbitral se obligan a someterse por ejemplo, a las Reglas de la CCI, conforme a las cuales el tribunal arbitral puede requerir a cualquiera de las partes en todo momento del proceso arbitral que aporte pruebas adicionales (Art.20.5). Sin embargo, esta disposición ha sido interpretada de manera restringida por dos de los mejores comentaristas de las Reglas CCI quienes opinan:

“Como regla, la aportación de pruebas adicionales en el proceso de arbitraje de la CCI, al igual que en el arbitraje internacional en general, tiende a ser menos extensa que en los procedimientos presentados ante los tribunales en las jurisdicciones de derecho consuetudinario, como en Estados Unidos de América. Así, con frecuencia se repite que no hay lugar en el arbitraje internacional para la llamada expedición de pesca”¹⁶⁵

Volviendo sobre la idea de la integración de las reglas arbitrales al derecho nacional y con ellas, la incorporación de la institución del Discovery, o al menos, una parte de ella, hay un antecedente de un sistema típicamente del Derecho Civil, el sistema jurídico francés que adicionó en su Código de Procedimientos Civiles una disposición¹⁶⁶ según la cual el acuerdo de las partes en la cláusula arbitral respecto a la aplicación de determinadas reglas arbitrales implica que estas se incorporen como parte del procedimiento a seguir, incluyendo cuando se solicite el auxilio de los tribunales judiciales¹⁶⁷ ya que éstos también deberán tomar en consideración dichas reglas en el proceso.

En la práctica, es usual que las partes accedan a suministrar la información que se les requiere y a abrir sus archivos para que la contraparte busque la información que le interese. Se trata de una posición prudente de parte de los abogados con experiencia en materia arbitral porque ellos saben que cualquier oposición sin fundamento a las ordenes del tribunal arbitral es despertar en este sentimientos adversos que tarde o temprano traen consecuencias negativas para la causa que representan. En estas condiciones, la institución del Discovery puede aplicarse y de hecho se aplica con toda amplitud en México. Sin embargo, el problema surge en caso de que una de las partes después de haber acordado la aplicación de esta institución en su cláusula arbitral se niegue a entregar a su contraparte la información que le corresponde. Entre las cuestiones que se pueden presentar intentaré describir a continuación algunas de ellas.

Cuando el Discovery pasa a ser un procedimiento compulsivo, aún cuando haya sido previamente acordado en la cláusula arbitral, se hace patente la diferencia entre la información que puede o no obtenerse en función de aquella que pueda o no ser determinada por la parte que la solicita. En el caso de México esa diferencia es importante. Veamos diferentes posibilidades.

El tribunal arbitral en uso de sus facultades solicita al juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje¹⁶⁸, su intervención para que requiera a la parte morosa a que entregue la información requerida¹⁶⁹ aperebiéndola de que solo la información que entregue será la única que podrá hacer valer durante el procedimiento arbitral¹⁷⁰. En esta vía que puede incluir medidas de apremio para que la parte requerida entregue la información necesaria, lo que puede solicitarse sin embargo, es limitado. En efecto, viniendo la orden de autoridad judicial, el problema que se presenta es precisar de que información se trata y muchas veces eso es lo que no se sabe con exactitud. En este punto, definitivamente la información no determinada o determinable queda excluida, la discusión resta con respecto de la información determinada aún la que lo sea de forma indirecta; es decir, aquella de la que no se tiene un conocimiento preciso pero que puede ser determinada como es el caso de los nombres de los testigos, de los peritos, el resultado de los peritajes, el monto de los daños, etc. Esta información, en mi opinión si puede formar parte del requerimiento del juez.

El problema como se sabe, consiste en que de no existir suficiente precisión en la información requerida pudiese dar lugar a una búsqueda general de la información en los archivos de la contraparte que se podría considerar contraria a la disposición constitucional que previene que en toda orden de

¹⁶⁴ Art.1416,frcciones I y II

¹⁶⁵ Derains, Yves y Schwartz, Eric A. El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – Guía de arbitraje comercial internacional, Ed. Oxford University Press México, 2001, pág. 321.

¹⁶⁶ Art.1494

¹⁶⁷ Este criterio fue confirmado en el caso decidido por la Court D’Appel de Paris de 21 de noviembre de 1997 en Société Un Plc vs. Société White Knitgts y otros, en Revue de Droit de l’Arbitrage, 1997, No. 3 pp. 429 y sigs.

¹⁶⁸ Art.1422,primer párrafo.

¹⁶⁹ Art.1433, El tribunal podrá ordenar la adopción de medidas precautorias.

¹⁷⁰ Art.1444,”el tribunal...podrá solicitar la asistencia del juez para el deshago de pruebas”

cateo la autoridad judicial se deberá expresar por escrito el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan sin que la diligencia pueda exceder los límites definidos previamente por la autoridad judicial¹⁷¹, lo cual limita, como ya lo hemos mencionado, a la naturaleza del Discovery.

Por otro lado cabe señalar que la orden del juez de presentación de pruebas y a la que antes hicimos alusión, lleva además implícito un emplazamiento que de no cumplirse por la parte morosa, se podría asimilar a una rebeldía en la que esta parte se niega a comparecer a juicio (en este caso al ofrecimiento y desahogo de las pruebas en los términos fijados por el tribunal arbitral) con todas las consecuencias del caso. Aún más, visto desde otra perspectiva, se podría asimilar a un requerimiento de cumplimiento contractual para que la parte morosa entregue la documentación a la que se había comprometido¹⁷²

Veamos a continuación algunas ideas derivadas de las afirmaciones anteriores.

El tribunal arbitral puede aperebir directamente a la parte morosa en el sentido de que, de no entregar la información dentro de un plazo dado, se le declarará en rebeldía y por lo tanto perderá su derecho de presentar válidamente cualquier documento, prueba, peritaje o testimonial durante el procedimiento arbitral principalmente aquellos de los que no informó previamente a la audiencia de desahogo de pruebas a la contraparte y al tribunal. Ante una actitud rebelde de esta naturaleza, el Tribunal procederá en consecuencia dictando su laudo sin haber recibido aquellas pruebas no hechas del conocimiento de la contraparte previamente a la audiencia de desahogo de pruebas correspondiente conforme a las instrucciones del Tribunal. Aquí nuevamente cabe hacer la distinción que ya se hizo anteriormente, entre la información determinada y la que no lo es.

En cuanto a la información determinada el aperebimiento del tribunal arbitral, como ya lo mencioné, en mi opinión, no tendrá problema si se redacta con la precisión adecuada, no así con respecto al segundo tipo de información porque un laudo que se dictase en México habiendo desechado pruebas en estas condiciones, podría ser impugnado ante los tribunales mexicanos sobre la base de que a la parte condenada no se le otorgó por parte del Tribunal Arbitral el derecho de audiencia que le da la Constitución al no recibir o no hacer valer las pruebas presentadas en la audiencia de desahogo. Se puede argumentar en este sentido que la parte condenada no había precisado aún -en el momento de dictarse la orden por el tribunal arbitral- la información, pruebas, etc., que posteriormente ofrecería para su desahogo y por tanto, el Tribunal violó su derecho para ofrecer posteriormente las pruebas que mas le conviniesen. Quizá en este punto, una estrategia por parte del Tribunal podría atemperar este argumento y sería la siguiente: que en la orden del tribunal arbitral fijando el plazo para recibir y admitir las pruebas, se diese a las partes el derecho de opinar sobre su admisión para lo cual ambas partes requerirían conocerlas previamente en toda su extensión. Es decir, se trataría de un derecho otorgado a ambas partes incluyendo la posibilidad de reformular sus propias pruebas con base a la información obtenida del examen de los documentos y de las pruebas de la contraparte. En estas condiciones, el riesgo de que el procedimiento sea invalidado por una violación al derecho de audiencia, podría decrecer considerablemente.

Paso al último punto y también brevemente. El hecho de que una parte se niegue a exhibir su información y a presentar sus pruebas para conocimiento de la contraparte, se podría alegar como el incumpliendo de la obligación contractual contraída en la cláusula arbitral por la que las partes se obligaron a suministrar toda la información, pruebas, etc. Y por el hecho de no cumplir en las fechas fijadas para la entrega, pierde el derecho, para ofrecer posteriormente las pruebas e información. Un planteamiento semejante podría sin embargo caer en cierta forma en el problema planteado anteriormente: la parte condenada, al margen de que se ventile su caso como un incumplimiento contractual, podrá alegar siempre -y no sin razón- que su derecho de audiencia fue violado y será el juez el que decida en última instancia sobre esta cuestión.

Como puede observarse, en el derecho mexicano existen límites expresos para la aplicación del Discovery cuando una de las partes, después de haber acordado esta institución en la cláusula arbitral, se niegue a entregar a su contraparte la información y pruebas que le corresponden.

De ahí que sea indispensable recoger la conclusión a la que llegan King y Bosman en el trabajo al que hicimos alusión al principio de estas líneas; es decir, que a fin de evitar cualquier complicación que pueda salirse de las manos al tribunal arbitral y terminar en uno de los problemas como los arriba descritos, lo recomendable es planear con la debida anticipación la forma como deberá llevarse a cabo el Discovery y por supuesto, especialmente en México incluir, de ser posible, una definición clara del tipo de información determinable (aunque sea indirectamente) que es posible transmitir y a la cual puede obligarse a una parte que se niegue a hacerlo con las consecuencias del caso. Esto por otro lado, indica que el tribunal acepte de forma prudente cuál es la información determinable y verdaderamente relevante y la manera como ésta debe ser dada a conocer a la contraparte.

¹⁷¹ Art. 6, octavo párrafo.

¹⁷² En este sentido ver: Webster, T.H. Obtaining documents from adverse parties in international arbitration, en: *Arbitration International. The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 17, No. 1 2001, pp. 56 y sigs.

COMMERCIAL ARBITRATION IN MEXICO

Por: José A. Rodríguez Márquez

I. Introduction

Law as a tool to regulate the economic activities of society cannot ignore the vertiginous changes in the way of doing business internationally. When Mexico entered the international commerce arena in the sixteenth century, commerce moved with the speed of the caravel; now the speed of commerce is controlled by the speed of "e-commerce." Since 1988 several amendments to Mexican law were approved by the Mexican Congress, bringing Mexico into the new concert of nations and into the new routes of commerce. Various changes were included in Mexican law, incorporating principles of those international treaties and agreements to which Mexico is a party.

"Mexico under Presidents de la Madrid and Salinas has been unobtrusively breaking down its trade barriers and reducing the role of government in its economy. More than half of the enterprises owned by the Mexican government a decade ago have been sold to private investors, and more are on the auction block. Tariffs have been slashed to a maximum of 20 percent and import licensing requirements widely removed. Export promotion, not import substitution, has become the highest priority. Like the U.S. and Canada, Mexico is (since 1986) a member of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). This brings it into the mainstream of the world trading community on a wide range of fronts, including participation in the licensing, customs valuation, antidumping and standards Codes adopted during the Tokyo Round of GATT negotiations."¹⁷³

Arbitration as a way to resolve commercial disputes plays an important role in these legal changes.

This article begins by describing some antecedents of commercial arbitration in Mexico, This type of dispute resolution is not new in Mexican law; rather, Mexico is returning to arbitration as a consequence of the economical and commercial opening. The article next deals with reasons for Mexican commercial arbitration provisions in the current Commercial Code, indicating that these Mexican provisions are a consequence of commercial change rather than an initiative of the judiciary as "occurred in 1976 when former Chief Justice Warren Burger convened the Roscoe E. Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice."¹⁷⁴ Existing Mexican arbitration law is contained in the Title Fourth of the Commercial Code, where the provisions of the UNCITRAL Model Law were included with certain amendments and adjustments. A discussion of the commercial arbitration provisions, said Title Fourth, follows.

II. Antecedents of Commercial Arbitration in Mexico

Commercial arbitration as an option for resolving disputes among merchants has been part of Mexican law for over five hundred years. The arbitral institution was inherited from the Spaniard laws and commercial customs brought into Mexico after the conquest.

The *Tribunal del Consulado*¹⁷⁵, formed in Spain during the Middle Ages, is the direct antecedent of commercial arbitration Mexico. The *Tribunal* was created in response to the need for commercial jurisdiction, exclusive to merchants, that would not follow the slow and costly procedure of judicial jurisdiction. The purpose of this court was to place the administration of justice in commercial matters into the hands of the merchants themselves, given the fact that merchants were the ones involved in trade and versed in the uses and customs of commerce. The procedure was expeditious, and the judgments had to be dictated "a verdad sabida y Buena fe guardada" (with the truth known and good faith kept).

¹⁷³ Folsom, Ralph H., et al., *International Business Transactions* 406 (1992).

¹⁷⁴ Nolan-Haley, Jacqueline M., *Alternative Dispute Resolution* 5 (1992).

¹⁷⁵ González, María del Refugio, *Diccionario Jurídico Mexicano: Tomo P-Z, Tribunales del Consulado* 3165-66 (Editorial Porrúa, S.A. and Universidad Nacional Autónoma de México. 8th Ed. México. 1995).

During Spanish rule, Mexico was a critical commercial toehold for the Spanish Empire. Given its privileged geographic location bordering the Pacific (by the Gulf of Mexico) and Atlantic Oceans, New Spain was the key point of trade among the Philippines, Peru, and Spain, i.e., Mexico was the point of exchange for products from Europe, South America, the Far East and, of course, from New Spain.

In 1593, the King of Spain created the *Consulado de México* for the same reasons that the *Tribunal del Consulado* was formed. The *Consulado* has jurisdiction over New Spain, New Galicia, and New Vizcaya, as well as Guatemala, Yucatán and Soconusco. The *Consulates* of Guadalajara, Guadalajara, Veracruz and Puebla were created during colonial times.

Matters under the exclusive jurisdiction of the *Consulado* are described extensively in the Law XXVIII of Chapter 46 of Book IX of the "*Recopilación de Indias*"¹⁷⁶. Commercial jurisdiction encompassed such transactions as purchase and sales, exchange, free leases, bankruptcies, insurance matters and all those acts performed by commercial entities. It is interesting to note that, while the briefs or written motions of "letrados" (legal counsels) were not permitted before the *Consulado*, their advice was recommended.¹⁷⁷

After the war of independence ended in 1821 with a declaration of freedom and equality and with the disappearance of special powers and privileges, the survival of the *Consulates* was uncertain. However their suppression was gradual and sometimes their reestablishment was intended. Guadalajara, Veracruz, and Puebla ceased their activities in 1824; the creation and legality of the *Consulado de Puebla* was doubtful. However, the *coup de grace* for the *Consulado de México* was given by congressional decree on January 19, 1827.¹⁷⁸

Almost fifty years later, in 1872, the first Mexican Procedural Civil Code was enacted. This Code ruled arbitration on civil matters for exceptional cases. The same concept existed in the Civil Procedural Code of 1884 and remained in the Commercial Code of 1889, currently in effect, until 1988 (as to arbitral matters). For 99 years the Commercial Code held an obsolete view of arbitration, which in fact had become meaningless.¹⁷⁹

In 1988 amendments to the Commercial Code were made, "with the purpose to incorporate partially some provisions of the Model Law of the United Nations Commission for International Trade Law on Commercial Arbitration, as well as the rules of the Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards adopted in New York in 1958."¹⁸⁰

III. Reasons for Mexican Commercial Arbitration Provisions in the Commercial Code Currently in Effect.

On July 22, 1993, i.e., three hundred years after the creation of the *Consulado de México*, amendments and additions to the Commercial Code were published in the Official Daily of the Federation. These new provisions went into effect on July 23, 1993, as the Title Fourth of the Commercial Code.

Pursuant to the "Decree of Proposals to Amend and Add Certain Provisions to the Commercial Code and the Federal Code of Civil Procedures"¹⁸¹ (Proposal), the Proposal was in line with the need to consolidate the opening of Mexico to the exterior. The Proposal argued that México could not meet the new political and economic challenges shaping the international scenario, and that deep legislative change, as part of Mexico's economic modernization, was necessary to draw Mexico into the flow of international commerce.

The Proposal recognized commercial arbitration as a practical and expeditious instrument for resolving commercial disputes and emphasized the advantages of arbitration, including quick resolution, defined economic cost, and profound specialization, for a fully developed society. The

¹⁷⁶ Cited by María del Refugio González, op. cit. "The *Prior* and *Consules* of this two *consulates* (Mexico and Lima) shall know of each and every disputes and lawsuits related to and depending on the merchandises and those deals related to them, and between merchant and merchant peers, agents and representatives."

¹⁷⁷ María del Refugio González, op. cit.

¹⁷⁸ The decree dissolved the "*Tribunal del Consulado*" and gave regular judges jurisdiction on matters previously under the jurisdiction of said tribunal. Cited by María del Refugio González, op. cit.

¹⁷⁹ Alcalá Zamora, cited by José Luis Siqueiros, in *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. A-CH, confr. note 4, at 201.

¹⁸⁰ "Decree of Proposal to amend and add certain provisions of the Commercial Code and the Federal Code of Civil Procedure". ("*Iniciativa de Decreto que Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles*") submitted by the Executive Power to the House of Representatives ("*Cámara de Diputados*") on May 31, 1993. Pursuant to article 71 of the Political Constitution of the United Mexican States the right to propose laws and decrees belongs to the President of the Republic, the members of the House of Representatives and Senators to the Congress of the Union, and the Congress of the States. The proposals submitted by the President of the Republic and the Congress of the States shall immediately pass to a commission. Those presented by the representatives and senators shall be subject to the steps determined by the corresponding rules of debates.

¹⁸¹ Cited on the Diary of Debates of the House of Representatives of June 1, 1993.

Proposal points out the proven value of international commercial arbitration in resolving issues that had not received appropriate satisfaction through traditional solutions granted by private international law.

The Proposal considered amendments to the Commercial Code such as those related to problems generated when a judge of any given country is asked to apply foreign law as if it were interpreted by the foreign judge. This would not occur in arbitration, because the arbitral tribunal is usually formed by qualified individuals who are specialists in the particular field of trade required by a particular case.

The Proposal also pointed out difficulties in executing foreign judicial judgments, indicating that execution of foreign awards is easier than executing the judgments pronounced by judicial authorities, since arbitral awards derive from the duty imposed by the parties on the arbitrator to resolve the dispute between them. Experience has shown that the parties will usually fulfill the arbitral awards voluntarily.

The Proposal emphasized that the main virtue of the Model Law is its international recognition. Agreements or solutions to a dispute that is negotiated under national law that follows the principles of the Model Law are less likely to create fear and suspicion amongst the parties, because the need for interpretation of any specific law is eliminated. A significant factor for parties to consider in determining the place of arbitration is the law applicable to the arbitration; amendments to the Commercial Code promote Mexico as a venue for international commercial arbitration, regardless of whether Mexico is party to the dispute or if the arbitration concerns foreign parties.

Following is a summary of the commercial arbitration provisions. The complete text of the provisions are reproduced in both Spanish and English in Volume 3. Appendixes 9 and 10 of *Doing Business in Mexico*.

IV. Commercial Arbitration Provisions

a) General Provisions

The provisions of the Commercial Code apply to domestic as well as international commercial arbitration, if the place of arbitration is in Mexican territory. In an *arbitral agreement*, parties agree (by arbitral contract clause or by separate agreement) to submit disputes resulting from a legal relationship (either in contract or tort) to arbitration. *Arbitration* is any arbitral proceeding of a commercial nature whether or not it is brought before a permanent arbitral institution. *International arbitration* is where the places of business of parties to a dispute are located in different countries at the time the arbitration agreement was executed.

The *costs* of arbitration include the fees of the arbitral tribunal, travel and other expenses incurred by the arbitrators, fees for expert advice or any other assistance required by the tribunal, travel and other expenses incurred by the witnesses if approved by the arbitral tribunal, reasonable costs and legal fees of the prevailing party if they are claimed during the arbitration, and fees and expenses of the institution that designates the arbitrators. The arbitrator or arbitrators designated to resolve a dispute make up the *arbitral tribunal*.

The 1993 amendments stipulate that where the provisions of commercial arbitration leave the parties free to determine certain issues, a third party, including an arbitral institution, may be empowered to make the relevant decision. Where the provisions refer to an agreement between the parties, all the provisions of the arbitral rules to which the agreement refers are included. Where the provisions refer to a claim, it also applies to any counterclaim, and when it refers to an answer to a claim, it also applies to a reply to the counter-claim.

Written communication is deemed received when delivered personally to the recipient or when delivered to his place of business, residence, or postal address. If no such place can be ascertained after a reasonable investigation, written communication is deemed received when sent to the last known place of business, residence or postal address by certified mail or any other form of delivery evidencing the attempted delivery. Communication is deemed received on the day it was delivered.

Time periods begin on the day following receipt of a notice, note, communication or proposal. If the last day of the time period falls on an official holiday or a non-working day at the place of residence or place of business of the recipient, the time period is extended to the following working day. All other legal holidays or non-working days that fall within the time period are included in the calculation.

If a party knows of any instance of non-compliance with the provisions of the (Commercial Code that may be waived by the parties, or knows that a requirement under the arbitral agreement has not been complied with, and fails to timely express its objection, or if such party has a time period within which to comply and fails to do so, it waives the right to do so.

When judicial intervention is requested, the Federal District Court or the local court at the place where the arbitration is held has jurisdiction. Where arbitration is held abroad, recognition or execution of the award must be known by the Federal District Court or the local court at the place of residence of the debtor, or if the debtor has no residence, at the place where the assets are located.

b) The Arbitration Agreement

The arbitral agreement must be in writing and signed by the parties. It may be in an exchange of letters, telexes, telegrams or faxes, or any other means of telecommunication that properly records the agreement. It may also be an exchange of a written complaint and a written answer when the agreement can be affirmed by one party without being denied by the other. Reference made in an agreement to a document containing an arbitral clause constitutes an agreement to arbitrate as long as the agreement is in writing and the reference implies that the clause is part of the agreement.

At a parties' request, a judge hearing a matter subject to arbitration may order the parties to submit to arbitration, unless it is shown that the agreement to arbitrate is null and void, ineffective, or impossible to perform. Where an action is brought to court, the arbitration may nevertheless be initiated or completed, and an award may be issued while the matter is pending before the judge. Even if there is an agreement for arbitration, the parties may, prior to initiating the arbitral proceedings, or during the proceedings, request the judge to take interim measures of protection.

c) The Arbitral Tribunal

The parties may freely agree on the number of arbitrators and on the procedure for the appointment of the arbitrators. In the absence of agreement, there is one arbitrator. Nationality may not be an obstacle to act as arbitrator. Where the parties are unable to agree on the arbitrator, they may request that one be appointed by a court of law.

In a proceeding with three arbitrators, each party appoints one arbitrator and they in turn appoint the third; if one party fails to name an arbitrator within thirty days from a request to do so by the other, or if both arbitrators named by the parties do not agree on the third arbitrator within thirty days from their designation, either party may request that the appointment be made by the court.

During the appointment procedure, if one of the parties does not act in accordance with the stipulated agreement, or if the parties or arbitrators cannot reach an agreement regarding the procedure to be followed, or if a third party, including an institution, does not comply with the functions that have been assigned to it by the agreement, either party may request the court to adopt the necessary measures.

Decisions on the above issues that are brought before a court are not subject to appeal. Upon naming an arbitrator, the judge takes into account the stipulated conditions in the agreement for arbitration, and takes those measures necessary to guarantee the appointment of an independent and impartial arbitrator. In case of one arbitrator or a third arbitrator, the court considers the advisability of appointing an arbitrator of a different nationality than that of the parties.

At the time of appointment or at any time during the arbitration, a designated arbitrator must disclose to the parties any circumstances that may raise a justified doubt of his/her impartiality and independence. An arbitrator may only be challenged by the party that appointed him/her. The parties may decide on the procedure for the challenge of arbitrators. In the absence of such agreement, the party seeking challenge shall submit in writing the circumstances he/she believes justify the challenge of the impartiality or independence, or the lack of the agreed qualifications of the challenged arbitrator. Such a challenge must be submitted within fifteen days of the time that the arbitral tribunal was constituted, or from the time that he/she attains knowledge of the causal facts. Unless the challenged arbitrator voluntarily resigns or the other party accepts the challenge, the challenge of the claimed arbitrator is to be resolved by the arbitral tribunal.

If a petition for challenge is rejected, the petitioner may request a court review within thirty days of the notice of rejection. The judge's decision is not subject to appeal. During this time the arbitral tribunal, including the claimed arbitrator, may proceed with the matter before them until concluding with an award.

If an arbitrator is physically or legally unable to perform his/her functions, or for other reasons has not done so within a reasonable time, the appointment may be terminated by resignation, or by the parties if they agree to his/her removal. If there is disagreement between them, either party may request the court to terminate the appointment. This decision is not subject to appeal. If an arbitrator withdraws, resigns, is removed by agreement of the parties, or is terminated from his/her appointment by any other means, a substitute shall be appointed in the same manner used to appoint the one removed.

d) Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

The arbitral tribunal has the authority to determine its own jurisdiction and to rule on any defenses regarding the existence or validity of an agreement for arbitration. For this purpose, the arbitration clause in a contract is deemed an agreement independent of all other stipulations in the contract. A arbitral decision holding a contract null and void does not void the arbitral clause.

The defense of lack of jurisdiction of the arbitral tribunal must be raised before filing the statement of defense. The parties may not be barred from asserting this defense by virtue of having appointed an arbitrator or participated in his/her appointment. The defense that the tribunal exceeded its authority must be asserted as soon as it is raised or when it so appears during the arbitral proceeding. The tribunal may, however, in either case consider a defense of this nature raised after the time for it has expired if it finds the delay justified. The arbitral tribunal may resolve such defenses *a priori* or in the final award on the merits. If the tribunal declares itself competent prior to the issuance of its final award, either party may request the court to review the ruling within thirty days of receiving notice of the declaration. The decision is not subject to appeal. While such petition is pending, the arbitral tribunal may continue to act until an award is entered.

The arbitral tribunal may, upon request of any of them, order interim measures of protection as to the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may deny from either of the parties a sufficient guarantee in connection with such measures.

e) Arbitration Proceedings

The parties may freely agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal. In the absence of such agreement, the tribunal may proceed as it deems appropriate, subject to the provisions of the Commercial Code. The tribunal has the authority to determine admissibility, relevancy and weight of evidence.

The parties may freely agree as to the place of arbitration. If they fail to do so, the tribunal will determine the location based on the circumstances of the case and convenience to the parties. The tribunal may convene at any location it deems appropriate to hold its deliberations; hear the parties, witnesses or experts; or examine assets, goods or documents.

Arbitral proceedings concerning a specific controversy start on the date the defendant receives a request to submit the dispute to arbitration.

The parties may agree on the language or languages to be used in all proceedings. In the absence of such agreement, the tribunal shall determine the languages to be used. The determination by the tribunal shall be applicable to all the writings of the parties, all hearings and any award, decision, or any communication issuing by the tribunal. The tribunal may order that any documentary evidence be accompanied by a translation into one of the languages agreed by the parties or determined by the tribunal.

The claimant must present the disputed facts on which a claim is based and the recovery demanded within the time agreed to by the parties or determined by the tribunal. The respondent must respond to all that is referred to in the claim, unless the parties agree otherwise on what the claim and response are to contain. The parties shall submit all documents considered relevant along with their pleadings, or make reference to them or to the other evidence they intend to offer. Claims or responses may be modified or supplemented, unless the tribunal considers such alterations improper because they were presented with undue delay.

The arbitral tribunal will decide if hearings are to be held for the submission of evidence or for oral argument, or if the proceedings will be by documents and other evidence. If the parties do not agree to the waiver of hearings, the tribunal will hold them at the proper stage of the proceedings upon petition of one of the parties. Sufficient advance notice must be given to the parties regarding hearings and the convening of the tribunal to review assets or other documents.

Copies of all testimony, documents, proofs, experts' reports, and other information that a party presents to the arbitral tribunal must be provided to the opposing party.

If a claimant fails, without justified cause, to file the claim, the arbitral tribunal will terminate its proceedings. If the respondent does not respond to a claim, the tribunal will continue the proceedings; failure to answer does not constitute an admission of the allegations of the petition. Should one of the parties fail to appear at the hearings or fail to offer documentary evidence, the tribunal may continue the proceedings and issue an award based on the proofs and evidence it has received.

The arbitral tribunal may appoint one or more experts to inform it on specific matters, and may request either party to provide the experts with all the information that is relevant or give them access to all documents, merchandise, or other assets that are relevant to the inspection. If one party so requests, or if the tribunal deems it necessary, after presenting his/her findings in writing or orally, the expert must participate in a hearing at which the parties have the opportunity to question him/her and offer other experts to testify on disputed findings. The arbitral tribunal, or either of the parties with the approval of the former, may request the assistance of the court at the offering of evidence.

f) Issuance of the Award and Conclusion of the Proceedings

The tribunal will resolve disputes in accordance with the principles of law chosen by the parties. All references to the laws or rules of a specific country refer to its substantive law and not to its principles of conflict of laws, unless otherwise provided. If the parties do not set forth the law that is to govern the substance of the dispute, the arbitral tribunal determines the applicable law, taking into account the characteristics and the connection of the matter. The tribunal shall resolve matters “*ex aequo et bono*” or as “*amiable compositeur*” only if the parties expressly so authorize. In all cases, the tribunal must decide in accordance with the terms of the agreement and must take into account the applicable mercantile customs.

In arbitral proceedings where there is more than one arbitrator, all decisions are made by majority vote, unless otherwise agreed to by the parties. Notwithstanding the foregoing, the presiding arbitrator may resolve issues of procedure if so authorized by the parties, or if all the members of the tribunal so agree.

If the parties settle the dispute during the performance of the arbitral proceedings, the tribunal will terminate proceedings; and if both parties so request, and the tribunal does not object, it will register their agreement as an arbitral award.

The award must be in writing and signed by the arbitrators. If there is more than one arbitrator, the signatures of a majority are sufficient, as long as the reasons of why the remaining arbitrators failed to sign is set forth.

The award must be reasoned and must set forth the date it has been issued and the place of arbitration. The award is deemed to have been issued at that place. The tribunal must give the parties notice of issuance of the award by delivering a copy of it signed by the arbitrators.

The proceedings of the arbitral tribunal terminate by final award; by order of the arbitration tribunal if the claimant withdraws the claim, unless the respondent objects and the tribunal acknowledges his/her right to obtain a final decision of the dispute, by agreement between parties to terminate the proceedings; or by a tribunal determination that the continuation of the proceedings is unnecessary or impossible.

Within thirty days after a final award is issued, either party may, after due notice, request the tribunal to correct in error of calculation, copying, typographical or of a similar nature in the award. The arbitral tribunal may correct any of the afore mentioned errors on its own initiative within thirty days from the date of the award. The tribunal may also be requested to interpret an issue or specific part of the award, if the parties so agree. If the tribunal deems it justified, it shall make a correction or give the requested interpretation within thirty days from the receipt of the request. Such interpretation forms an integral part of the award.

Within thirty days of receipt of notice of the award, either party may request the tribunal to issue an additional award, upon due notice to the opposing party, regarding claims presented in the proceedings but omitted from consideration in the award. If the arbitral tribunal deems it justified, it must issue the additional award within sixty days.

g) Costs

The parties may adopt, directly or through existing arbitration regulations, the rules governing costs of the arbitration. Otherwise, the provisions of the Commercial Code shall apply. The tribunal shall assess costs of the arbitration in its award.

Fees set by the arbitral tribunal must be reasonable, taking into account the amount in dispute, the complexity of the issues, the time spent by the arbitrators on the matter, and any other circumstances relevant to the case. The fee of each arbitrator is determined separately and fixed by the tribunal. With the consent of the court, a party may request that the tribunal consult with the court regarding recommendations it considers appropriate regarding the amount of the fees before they are fixed.

Except when the arbitral tribunal decides which party shall pay the costs of representation and legal assistance, or if they can be prorated among the parties and if the tribunal determines this to be reasonable considering the circumstances of the case, costs of the arbitration shall be borne by the party against whom an award is made. Nevertheless, the arbitral tribunal may make a pro rata distribution of the costs between the parties if it decides that such distribution is reasonable in light of the circumstances of the case.

The costs of the arbitration are fixed by the arbitral tribunal in the text of any order concluding the arbitration proceedings, or in the text of the award in accordance with the terms agreed to by the parties. The arbitral tribunal may not charge additional fees for interpretation, rectification or supplementation of its award.

Once the arbitral tribunal has been formed, it may request a deposit from each of the parties in equal amounts as an advance of the fees of the tribunal, expenses for trips, and other expenditures of the arbitrators, as well as for the costs of experts or any other assistance required. During the course of the proceedings, the arbitral tribunal may request additional deposits from the parties.

At the request of either party and with the consent of the judge, the arbitral tribunal may set the amount of the deposit or of the additional amounts only after consulting with the judge, who may provide the tribunal with any relevant observations he/she deems appropriate concerning the amount for such deposits. If deposits have not been made in full within thirty days from notice by the tribunal to do so, it shall inform the parties that payment be made forthwith. If not made, the tribunal may order the suspension or dismissal of the arbitral proceeding. After the award has been issued, the tribunal must deliver a statement of deposits received to the parties and must reimburse any unused portion.

h) Nullity of the Award

Arbitral awards may only be annulled by a court of competent jurisdiction if the party requesting it proves that:

- one of the parties to the arbitral agreement was subject to a legal disability; the agreement is invalid pursuant the laws that were designated; or if no other laws were designated, is invalid under Mexican law; or
- such party was not given proper notice of the designation of one of the arbitrators or of the arbitral proceedings, or was impaired by any other reasons to assert his/her rights; or
- the award refers to a dispute which was not foreseen in the arbitral agreement, or contains determinations that exceed its scope. If the dispositions in the award that exceed the scope of the submitted issues can be separated from those that do not, only the former shall be void; or
- the panel of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings were not according to the agreement between the parties, unless such agreement is in conflict with provisions of this Title which the parties cannot waive or, in the absence of such an agreement, the proceedings were not pursuant to this Title; or
- if the court finds that in accordance to Mexican law, the object of the controversy is not subject to arbitration, or the award is contrary to public policy.

The petition to void an award must be presented within three months of the date notice is given of the award. If a petition for the annulment of an award is presented to a court, it may suspend its proceedings upon the petition of one of the parties, requesting a specific time period for the arbitral tribunal to continue with those proceedings, or adopt any measures in its judgment that will resolve the causes of the annulment petition.

The annulment proceeding is brought by special motion in accordance with the provisions of the Federal Code of Civil Procedure. The decision is not be subject to review.

i) Recognition and Enforcement of Arbitration Awards

Regardless of the country where an arbitral award is made, it is given full faith and credit and, upon petition in writing to a judge, is enforced in accordance with the arbitration provisions. The party who asserts an award or requests its enforcement must present the original of the award duly authenticated, or a certified copy and the original of the agreement of arbitration, or a certified copy thereof. If the award or the agreement is not in Spanish, the party presenting it must provide a translation into Spanish prepared by an official interpreter.

Full faith or enforcement of an award may only be denied, regardless of the country from which it originates, if the party against whom the award is presented proves to the satisfaction of the court of appropriate jurisdiction in the country in which full faith and execution is demanded that:

- one of the parties to the arbitral agreement was affected by a legal disability, or that the agreement is invalid under the applicable law chosen by the parties, or if nothing is mentioned in that respect, by the laws of the country where the award is issued;
- such party was not duly notified of the designation of an arbitrator or of the arbitration proceedings, or was unable by whatever reason to assert his/her rights;
- the award refers to a dispute not foreseen in the arbitral agreement, or contains determinations that exceed the terms of the agreement (nevertheless, if the determinations of the award refers to submitted issues that can be separated from those that were not, the former may be validated and given execution);
- the constitution of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings were not in accordance with the agreement between the parties, or in the absence of agreement, did not comply with the law of the land where the arbitration was held; or
- the award is not compulsory upon the parties or has been annulled or suspended by the judge of the country where it was entered.

Full faith and enforcement of the award may also be denied if the court finds that according to Mexican law, the dispute is not subject to arbitration; or that full faith or enforcement of the award will be against public policy.

If a petition to declare void or suspend an award is brought before a judge of the country pursuant to whose laws the arbitration was held, the judge before whom full faith or enforcement of the award is requested may withhold his decision if he/she so deems advisable, and at the request of the party requesting enforcement of the award, he/she may require the posting of security from the other party.

Full faith or enforcement proceedings are brought by special motion in accordance with the Federal Code of Civil Procedure and are not be subject to review. For arbitral purposes, according to the Federal Code of Civil Procedure, once brought the motion, the court shall serve the other parties for a term of three days. If the parties do not present evidence nor the tribunal deem such evidence necessary within that period, it shall be notified the hearing for oral arguments, to be held within the next three days and carried out with or without the attendance of the parties. If evidence is presented, or the tribunal deems such evidence necessary, an evidential delay of ten days shall be opened and the hearing shall be held thereafter. In any of the preceding events, the tribunal shall issue its resolution during the following five days.

CLAUSULAS CONTRACTUALES QUE ESTABLECEN MECANISMOS MIXTOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Por: Luis D. Santos Jiménez

Es indudable que de los llamados medios alternativos de solución de controversias (ampliamente conocidos como ADR, por sus siglas en inglés) el arbitraje ha cobrado particular relevancia dadas sus características técnicas y su probada eficacia como método para encontrar soluciones justas a los problemas jurídicos que está llamado a resolver. Sin embargo, otros medios alternativos han venido ganando fuerza merced a su funcionamiento menos complejo que tiende a hacer la resolución de la controversia más expedita. En esa virtud hemos visto cómo los métodos de mediación y conciliación se estipulan con creciente frecuencia en las cláusulas que prevén sistemas para solución de conflictos derivados de relaciones contractuales.

No sólo se ha percibido un paulatino incremento en la utilización de los métodos de conciliación y mediación, sino que actualmente no es raro observar también una combinación de sistemas que hacen coexistir ambos métodos. De esta manera, se ha visto la proliferación de sistemas contractuales de resolución de controversias que combinan la auto-composición con la hetero-composición, en este último caso el arbitraje.

Es cada vez más frecuente en las transacciones internacionales que las partes acuerden cláusulas de resolución de controversias en las que se prevén procedimientos con diversas instancias, tales como la negociación y la mediación (y en contratos muy técnicos, determinaciones realizadas por expertos en la materia), seguidos por el arbitraje, en caso de no llegar a un acuerdo en las fases de negociación o mediación.

Este tipo de cláusulas dan lugar a diversos cuestionamientos interesantes: ¿Es posible que el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, de conformidad con lo establecido en la cláusula de solución de controversias, se ejecute coactivamente conforme a las leyes y convenciones que regulan la aplicación de los acuerdos de arbitraje cuando la(s) etapa(s) de negociación o mediación no se han llevado a cabo? Por ejemplo, si una de las partes considera que es inútil llevar a cabo el procedimiento contractualmente pactado de negociación y/o mediación, ¿se podría iniciar directamente un arbitraje y obligar a la contraparte a someterse a ese arbitraje?

El objetivo de este artículo, sin pretensión de agotar el tema, es el de verter algunas consideraciones sobre estas cláusulas a la luz de nuestro derecho. Es conveniente destacar que si bien a primera vista estas cláusulas combinadas de resolución de controversias aparentan dar gran flexibilidad al sistema de resolución de conflictos, en la práctica pueden resultar ser más complicados o bien dar mayores problemas que los que pretenden resolver, sobre todo si la instrumentación del mecanismo buscado por las partes se hace en forma inadecuada. Por lo tanto, estas breves ideas en torno a esta materia intentan no sólo ser un análisis meramente teórico del asunto, sino –primordialmente- servir de lineamiento para evaluar sus implicaciones prácticas.

En general, de conformidad con la legislación mexicana, si las partes han acordado en una cláusula de solución de controversias que se lleve a cabo una etapa de negociación y/o mediación previa al arbitraje, dicho procedimiento debe llevarse a cabo antes de iniciar el arbitraje. Sin embargo, es preciso señalar que en México no se cuenta con precedentes judiciales relacionados con este tema. Consecuentemente, los tribunales arbitrales y tribunales judiciales podrían eventualmente resolver esta cuestión de un modo diverso.

La obligación antes mencionada de llevar a cabo una etapa negociación y/o mediación previa al arbitraje, debe analizarse a la luz del artículo 78 del Código de Comercio (en adelante “CC”) el cual señala que *“En las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse..”*. Adicionalmente, el artículo 1796 del Código Civil Federal establece *“Desde que se perfeccionan, (los contratos) obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”*

Consecuentemente, si una de las partes decide que la negociación o mediación es un procedimiento inútil y no lleva a cabo ninguno de los pasos para negociar o mediar, y presenta una demanda arbitral, en principio dicha parte está incumpliendo con el contrato. Sin embargo, si la parte demandada contesta la demanda sin objetar el procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral podría concluir que en virtud de sus actuaciones, las partes han modificado implícitamente el acuerdo anterior, y por lo tanto podría decidir continuar con el procedimiento arbitral.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1420 del CC: *“Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar”*. La parte demandada

podría responder impugnando la competencia del Tribunal argumentando que la parte actora no está cumpliendo con las fases de negociación y/o de mediación. La excepción de falta de jurisdicción deberá de ser interpuesta a más tardar en la contestación de la demanda. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podría aceptar esta defensa en un momento posterior, si considera justificado tal retraso (artículo 1432 del CC).

Sea por caso que la parte demandada conteste argumentado que la etapa de negociación y/o mediación no ha concluido, el Tribunal Arbitral deberá permitir que la parte actora compruebe lo contrario, es decir, que cumplió con la obligación de negociar y/o mediar. La parte actora tendría que demostrar que cumplió, por ejemplo, al haber convocado a juntas, al haberse presentado a las mismas, etc. En el caso de que la cláusula establezca un plazo para llevar a cabo los procedimientos de negociación y/o mediación, este plazo tendrá que transcurrir antes de que se pueda someter la controversia a arbitraje. No bastaría que la parte actora solicitara que el procedimiento arbitral continuase por considerar inviable el llegar a una solución negociada o inútil la asistencia de un mediador.

En caso de que el Tribunal Arbitral concluyera que las fases de negociación y/o mediación deben ser agotadas, tendría que declarar su falta de competencia para iniciar y/o continuar con el procedimiento arbitral, habida cuenta del artículo 1432 del CC, según el cual el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia.

Es importante analizar detalladamente los términos de las cláusulas de negociación y/o mediación, con el fin de determinar si las partes se encuentran verdaderamente obligadas a cumplir estos procedimientos. Si la cláusula indica que la mediación y/o negociación es una etapa discrecional, o si establece que tales procedimientos no son de forzoso cumplimiento, las partes podrán someter directamente sus controversias al arbitraje, y el Tribunal Arbitral tendrá la obligación de resolverlas. En esta hipótesis, la estipulación sobre una fase previa de conciliación constituye jurídicamente un acuerdo de buena fe carente de coercibilidad legal.

Algunos expertos consideran que si las fases pre-arbitrales son claramente obligatorias y no se cumplen, en caso de que el Tribunal Arbitral lleve a cabo el procedimiento arbitral, su laudo podría ser impugnado y declarado nulo con base en el argumento de que *“la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes”* (inciso (d) de la fracción I del artículo 1457 del CC). Esta misma situación permitiría oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo, conforme al inciso (d) de la fracción I del artículo V de la Convención de Nueva York, de la que México es parte. Sin embargo, este criterio no es del todo claro ya que existe un principio general que establece que las causas de nulidad y no-ejecución deben ser interpretadas de forma estricta. El llevar a cabo el procedimiento previsto en las fases pre-arbitrales convenidas no necesariamente podría considerarse como un requisito de procedibilidad cuyo incumplimiento acarrea la conclusión de que *“la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes”*. Estas son cosas distintas. Los casos judiciales que se presenten en el futuro nos podrán esclarecer este importante punto.

En cuanto a la redacción de las cláusulas de negociación y mediación, es importante que se establezcan ciertos requisitos mínimos como pueden ser plazos máximos con el objeto de contar con referencias objetivas respecto de la obligación temporal que cada una de las partes asume. Se sugiere, por ejemplo, indicar que el proceso de negociación consistirá por lo menos de una junta a la cual asistirán dos directores de cada parte. Las partes también podrían incorporar las reglas de algún reglamento conocido, como por ejemplo el Reglamento de Conciliación de la UNCITRAL o el Reglamento sobre Métodos Alternativos de Solución de Controversias de la Cámara Internacional de Comercio. Hay que tomar en cuenta que si la cláusula de solución de controversias es muy complicada, se facilita que la parte perdedora de un arbitraje impugne el laudo argumentando que el Tribunal no acató de manera exacta lo dispuesto por dicha cláusula.

A manera de conclusión puede comentarse que la instrumentación de mecanismos combinados de resolución de controversias, particularmente de conciliación y de arbitraje, puede ayudar a dar flexibilidad a las partes en la solución de sus diferendos, pero es importante en todo caso cobrar conciencia que su estipulación debe ser en los términos más claros posibles de tal manera que, lejos de servir al fin para el cual están concebidos, se vuelvan un medio para complicar aún más una disputa surgida entre las partes.

LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LAS REGLAS DE LA IBA

Por: Lic. Rodrigo Zamora Etcharren¹⁸²

I. Introducción.

El arbitraje ha servido como un medio global de solución de controversias, al cual personas de distintas naciones se han sometido en números crecientes en los últimos años. Una de las razones por las que el número de procesos arbitrales ha aumentado como lo ha hecho radica en la posibilidad que se abre a las partes de resolver sus disputas sin tener los gravísimos problemas que el idioma, las costumbres, las leyes, los plazos, etc. presentan cuando la controversia se ventila frente a un tribunal ordinario local.

A pesar de la unificación de instituciones procesales que trae aparejado el arbitraje, una gran variedad de aspectos deben ser analizados por el tribunal arbitral y las partes a fin de encontrar un sistema específico para cada caso mediante el cual las partes estén lo más satisfechas posibles, se les respeten sus derechos fundamentales y sus expectativas, y el proceso se sujete a los lineamientos contractuales, institucionales y legales aplicables.

El tema de la ley substantiva ha sido analizado muy a fondo por la doctrina, y, a su vez, se encuentra previsto en los reglamentos arbitrales institucionales más empleados. Sin embargo, la ley adjetiva ha sido dejada prácticamente al total arbitrio del tribunal arbitral. Esto tiene una razón de ser: cada proceso es distinto (las partes, pruebas y circunstancias varían), y el arbitraje debe amoldarse a cada caso en forma concreta. Establecer normas procesales fijas e inmodificables para todos los arbitrajes implicaría amputarle los brazos a esta institución. A pesar de lo anterior, las partes y los árbitros necesitan una guía que los oriente a lo largo de esta importante etapa procesal. Independientemente de que el tribunal arbitral sea el que adopte la decisión final, las partes hacen bien en indicarle sus expectativas y sus pretensiones probatorias.

En Mayo de 1983, la International Bar Association (“IBA”) emitió las Reglas Suplementarias para el Ofrecimiento y Desahogo de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (*Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*). Dichas reglas constituyeron un importante auxiliar para un gran número de tribunales arbitrales a lo largo de 16 años. Las Reglas de 1983 fueron abrogadas el pasado mes de Junio de 1999 por la propia IBA, quien en su lugar, promulgó las Reglas de la IBA para la Recepción de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*) (las “Reglas”), mismas que justamente buscan lograr el servir como un mapa o un auxiliar en los arbitrajes internacionales.

El tema de la prueba en el proceso arbitral internacional, aunque comprenda solamente una etapa de todo el procedimiento, no debe ser dejado al lado por las partes o por el tribunal. Las consecuencias de un deficiente desarrollo de la etapa probatoria puede acarrear la negativa de ejecución del laudo definitivo o la declaración de nulidad del mismo por parte de la autoridad judicial competente. La propia Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”), en su artículo V.1.b), indica que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo si la parte contra la cual éste es invocado demuestra que, por cualquier razón, no pudo hacer valer sus medios de defensa. Asimismo, el inciso d) del mismo artículo de la Convención de Nueva York, permite la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en caso de que el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo arbitral o, en su defecto, a la ley del país donde se haya efectuado el arbitraje. Igualmente, el Código de Comercio Mexicano, en su artículo 1457.I.b), prevé que los laudos arbitrales podrán ser anulados cuando la parte que intente la acción pruebe que no pudo hacer valer sus derechos durante el proceso.

En los países de derecho de tradición Romanista, el tema de la prueba ha sido muchas veces visto sin mayor análisis. Sin embargo, esta situación cambia cuando se mezcla con un sistema de tradición Anglosajona. Los problemas surgen inmediatamente en cada diferencia de criterio y estilo entre las partes y los árbitros. Un ejemplo claro es la carga de la prueba, pues aunque es un principio general de derecho que, por lo que hace a la acción, la carga de la prueba la tiene el actor, ¿cual es la ‘carga’?, ¿el tribunal debe requerir ‘prueba plena’, ‘preponderancia de pruebas’, ‘simple mayoría de prueba’, ‘prueba convincente’, etc.? Preguntas como estas surgen en todos los arbitrajes internacionales, a veces relacionadas con la suficiencia de la prueba, a veces con la facultad del tribunal para nombrar un perito tercero, en ocasiones con relación a la capacidad de las partes de

¹⁸² El autor es egresado de la Escuela Libre de Derecho y maestro por la Universidad de Nueva York, además de ser miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. (Coordinador del Comité de Arbitraje Comercial), del Chartered Institute of Arbitrators, y socio del Bufete Zamora-Pierce.

formular repreguntas a los testigos, etc. Los temas de disputa son de inimaginable variedad y, por lo mismo, es imposible prever una solución a todos en un reglamento y, mucho menos, en la cláusula arbitral.

El presente artículo busca ahondar en esta problemática, analizando, en primera instancia y en forma brevísima, los principios generales que rigen la materia probatoria en los países de derecho anglosajón (el llamado *common law*) y en los países que siguen la tradición Romanista (también conocido en el mundo como *civil law*). Acto seguido, analizo la posición que han adoptado los principales reglamentos arbitrales con relación a las facultades y obligaciones de las partes y de los tribunales arbitrales respecto al tema de las pruebas. Finalmente, describo y analizo las Reglas de la IBA.

II. La Prueba en el Derecho Anglosajón.

La prueba en el Derecho Anglosajón está moldeada (al igual que casi todo su derecho procesal) alrededor de su figura central: el jurado, ese grupo de personas que, sin tener conocimiento alguno de derecho, es enfrentado a las astucias y trucos en los que los abogados se basan para articular sus ataques o defensas. El Derecho Anglosajón busca proteger a este grupo de indefensas personas, y, para ello, ha elaborado una larga y complicada lista de pruebas inadmisibles.

Ejemplos de dichas pruebas son los testigos de oídas (*hearsay*), mismos que, independientemente de la fuente de su conocimiento de los hechos o de su cercanía con las partes, son inadmisibles en los tribunales americanos. Igualmente, la legislación y casos americanos ponen un gran énfasis en la inadmisibilidad de pruebas protegidas por el secreto profesional. El Derecho Anglosajón tampoco permite la admisión de pruebas por razones de orden público (ej. toda prueba obtenida en, o derivada de, la negociación de un arreglo entre las partes), por haber sido obtenidas en forma ilegal o por ser poco confiables. En resumen, ordena que el juez realice una primera valuación de las pruebas antes de su presentación ante el jurado.

La mayor parte de estas restricciones no tienen lugar en el arbitraje comercial internacional, pues en este el juzgador de los hechos y del derecho es el mismo. Los árbitros internacionales son en la mayor parte de los casos personas con gran experiencia, y no son fácilmente distraídos por las tácticas de los representantes legales de las partes.

Por otro lado, siendo la autoridad judicial anglosajona eminentemente pasiva, las partes gozan de amplias facultades de investigación de los hechos y, entre otros derechos, pueden solicitar a las otras partes: documentos, declaraciones, o cualquier otra prueba (el famoso *discovery*). Como es obvio, este proceso preliminar al juicio es extremadamente extenso y desgastante (moral y económicamente) y, por lo mismo, no ha sido acogido ni por los demás sistemas jurídicos ni por la práctica arbitral. Finalmente, en virtud de que la resolución final reside en el jurado, es frente a éste, durante la audiencia, que los documentos son presentados y, en su caso, leídos.

III. La Prueba En El Derecho De Tradición Romanista.

Antes que nada, debo aclarar que la imagen que voy a presentar de los países que siguen la tradición Romanista es principalmente Europea, y en muchos aspectos es distinta de la que en particular rige en México. La tradición Romanista no se preocupa por el hecho de que emociones o aspectos subjetivos influyan en la decisión final, pues el juzgador es letrado en derecho, capaz de analizar la admisibilidad, valor y credibilidad de cada prueba en forma objetiva, justo lo contrario que un jurado.

La tradición Romanista ha elaborado un sistema que valora la prueba documental, en forma superior a toda otra prueba. Asimismo, estas naciones han seguido un criterio eminentemente práctico, mediante el cual, a fin de evitar declaraciones falsas de las partes, han abolido la prueba confesional bajo protesta, y, en consecuencia, las partes no pueden ser protestadas al declarar en procesos civiles o mercantiles. Por lo que hace a los testigos, la mayoría de los países europeos prohíben cualquier contacto previo a la audiencia entre abogados y testigos.

En relación con las facultades judiciales, los jueces pueden ordenar a las partes que hagan entrega de documentos e incluso puede llamar a testigos para que rindan su testimonio o designar peritos terceros. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de la facultad de las partes de ofrecer sus propias pruebas. Como es de suponer, teniendo la autoridad judicial mayores poderes que aquéllos de los jueces anglosajones, las partes son privadas de la capacidad de obtener la cantidad de pruebas que el *discovery* les permitiría en los Estados Unidos o en Inglaterra.

IV. La Prueba En El Arbitraje Comercial Internacional.

a) Introducción.

El arbitraje (especialmente el internacional) se ha caracterizado por ser una institución flexible, y el aspecto probatorio del mismo no es la excepción. Todos los reglamentos institucionales consultados, en lo general, dejan al criterio del tribunal arbitral la forma, plazos y demás aspectos

de la conducción del procedimiento. Los mismos reglamentos consideran que el tribunal cumple su función siempre y cuando otorgue a cada parte el derecho fundamental de ser oída en juicio para hacer valer sus derechos.

Igualmente, son mínimas las legislaciones locales que imponen normas restrictivas e imperativas a los procesos arbitrales que se celebren en su territorio o bajo las cuales el laudo vaya a ser ejecutado. La existencia de dichas normas irrenunciables se encuentra en desuso y, en consecuencia, es algo en lo que las partes rara vez deben preocuparse seriamente (pero que, sin embargo, no deben perder de vista al redactar la cláusula arbitral). Fuera de estas normas imperativas y de los derechos mínimos fundamentales a ser oída y a ser tratada con equidad e imparcialidad, las partes y el tribunal arbitral están en casi total libertad de convenir el procedimiento arbitral que deseen.

Esta autonomía de las partes y del tribunal es un gran aliciente para quienes no desean estar sujetas a las normas específicas, rigurosas y desgastantes de las legislaciones locales. En el mismo sentido, esta libertad permite que, en casos en que las partes tienen su origen en naciones que han adoptado sistemas jurídicos distintos, el procedimiento sea una mezcla de los rasgos fundamentales de dichos sistemas, con ello aportando un elemento más a la lucha por la equidad en el trato a las partes durante el proceso.

En forma similar, el permitir que el tribunal desarrolle el proceso en la forma que estime más conveniente, ayuda a limpiar al procedimiento arbitral de las reglas del lugar del arbitraje que pudieran impedir un desenvolvimiento rápido de la controversia, permitiendo que el tribunal, a su criterio, conduzca el proceso equitativamente, pero sin permitir abusos de las partes de la etapa probatoria, y sin requerir la cantidad de formalidades con las que las autoridades locales funcionan.

Otro aspecto que no debe pasar desapercibido por el tribunal arbitral al resolver un conflicto relacionado con las pruebas (o con cualquier otro punto procesal) es la expectativa de rapidez y eficiencia que las partes tuvieron al pactar someter su disputa a arbitraje. El tribunal arbitral tiene la obligación de cumplir con dicho propósito y, en consecuencia, en ocasiones debe desechar ciertas pruebas o negar su desahogo en aras de una pronta solución del fondo del asunto.

b) Reglas Institucionales.

A continuación describo brevemente los aspectos esenciales en materia probatoria previstos por tres de los principales reglamentos utilizados en la práctica arbitral internacional.

a) Cámara de Comercio Internacional (CCI).

El Reglamento de Arbitraje de la CCI es muy claro en dejar el control del proceso en el tribunal arbitral, aunque sujetándolo al propio reglamento y al acuerdo de arbitraje de las partes. Dicho reglamento también establece que el tribunal deberá ser justo y otorgar a cada parte suficiente oportunidad de exponer su caso. Por otro lado, siendo el arbitraje CCI el más conocido que utiliza el acta de misión, su reglamento indica que dicha acta deberá contener precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento. El reglamento de la CCI, siguiendo la corriente de la tradición Romanista en relación a la prueba documental, permite que los árbitros (salvo petición contraria de las partes) decidan la controversia tan solo con base en los documentos aportados por las partes. Finalmente, el reglamento faculta al tribunal arbitral a cerrar la instrucción una vez que, discrecionalmente, las partes hayan tenido suficiente oportunidad de exponer su caso.

b) Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA conservan en el tribunal la facultad de conducir el proceso en la forma que considere apropiada, siempre y cuando el tribunal respete la igualdad de las partes y les otorgue la oportunidad de ser oídas y de presentar su caso. Por otro lado, las reglas de la AAA expresamente imponen a cada parte la carga de probar los hechos en los cuales apoyan sus pretensiones y defensas. Asimismo, estas reglas imponen en el tribunal arbitral la obligación de tomar en cuenta los principios de privilegio legal aplicables, incluyendo, entre otros, la confidencialidad de comunicaciones entre abogado y cliente. Finalmente, al igual que el reglamento de Arbitraje de la CCI, las reglas de la AAA ordenan que el cierre de la audiencia sea declarado únicamente tras una consulta con las partes relacionada con la posibilidad de ofrecer pruebas adicionales, aunque otorga al propio tribunal la facultad de reabrir la audiencia si así lo considera apropiado.

c) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La CNUDMI ha sido una de las organizaciones más activas en el desarrollo y reglamentación del arbitraje internacional. Uno de los documentos más importantes que ha elaborado dicha Comisión es el Reglamento de Arbitraje, mismo que es utilizado en la gran mayoría de los arbitrajes ad-hoc, así como en un importante número de arbitrajes institucionales.

Este reglamento ratifica lo ya dicho en el sentido de que las partes deben tener plena oportunidad de hacer valer sus derechos, y que se les debe de tratar con igualdad. Al igual que las reglas de la AAA, este reglamento impone a cada parte la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus pretensiones o defensas. Un aspecto interesante de este reglamento es que faculta al tribunal arbitral a requerir a las partes un

resumen de los documentos y pruebas que piensen presentar. Por lo que hace al desarrollo de la audiencia y a la forma de desahogar las pruebas, el reglamento es muy similar a las Reglas de la IBA.

V. Las reglas de la iba.

a) Introducción.

Las Reglas de la IBA son una mera sugerencia para las partes y árbitros que participen en arbitrajes comerciales internacionales. Vista la diferente actitud y perspectiva con la que partes de diferentes nacionalidades pueden iniciar un proceso arbitral, las Reglas pretenden servir de guía para todos los involucrados en dichos procesos, a fin de que las expectativas de las partes sean similares, y que ningún involucrado vea sus derechos fundamentales violados. Entre los derechos esenciales de las partes que las Reglas ordenan al tribunal respetar, están: el derecho a ser oídas; el derecho a contradecir y oponerse a los argumentos, pruebas y pretensiones de la contraparte; y, el derecho a ser tratadas en forma justa y equitativa.

Las partes y los tribunales pueden emplear las Reglas en su totalidad o solamente en parte para regir dicha etapa procesal, o pueden simplemente emplearlas como parámetros. La finalidad de las Reglas no es la de limitar la gran discreción de la que los tribunales arbitrales gozan, sino encauzarla en forma imparcial y tendiente a una pronta, eficaz y justa resolución de la controversia.

La sorpresa es enemiga de la justicia y de la equidad, razón por la cual el preámbulo de las Reglas enfatiza a los árbitros que las empleen, el que hagan saber a las partes, tan pronto como sea posible, la fecha y lugar de celebración de cada audiencia, así como los medios probatorios en los que cada parte podrá basarse para demostrar sus pretensiones. En la práctica, las Reglas implementan un sistema que incorpora y une al sistema Anglosajón con la tradición Romanista. Además, las Reglas acogen ciertas prácticas internacionales, tales como permitir *discovery* o repreguntas a testigos, pero ambos en forma limitada.

b) Ámbito de aplicación.

En cualquier caso en que las partes acuerden o el tribunal arbitral determine emplear las Reglas de la IBA, éstas aplicarán, salvo alguna excepción existente o provisión en sentido contrario en el conjunto de normas aplicable por acuerdo de las partes o por determinación del tribunal arbitral. En caso de que las Reglas de la IBA estén en conflicto con cierta ley o reglamento, el tribunal deberá aplicar las Reglas en la forma en que logren cumplir en mejor manera los propósitos de dicha ley o reglamento, salvo acuerdo en contrario de las partes o que la ley o el reglamento sean normas imperativas.

c) Principios generales.

Las Reglas conservan varios de los principios generales explicados al hablar de las reglas probatorias en el Arbitraje Comercial Internacional en general e incluyen otros que deben de servir de parámetro a los tribunales arbitrales.

Pleno control del tribunal. El tribunal arbitral determinará, según su propio criterio, la admisibilidad, relevancia, y valor de cada prueba. Asimismo, el tribunal podrá ordenar se hagan los arreglos necesarios para la presentación de ciertas pruebas bajo condiciones óptimas de confidencialidad.

Pruebas inadmisibles. El tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, desechar cualquier documento, declaración, testimonio, dictamen o inspección, en cualquiera de los siguientes casos (las “causas de inadmisibilidad”):

- (i) irrelevancia;
- (ii) impedimento o inmunidad bajo las reglas éticas o legales que el tribunal arbitral declare aplicables;
- (iii) carga innecesaria en la presentación y desahogo de la prueba correspondiente;
- (iv) la pérdida o destrucción del documento ha sido razonablemente probada;
- (v) confidencialidad comercial o técnica que el tribunal arbitral considere obligatoria;
- (vi) elementos de sensibilidad política o institucional que el tribunal considere constituyen un interés superior (ej. documentos que algún gobierno ha clasificado como ‘secretos’); o
- (vii) consideraciones de justicia o equidad hacia las partes que el tribunal considere fundamentales.

Presunción de adversidad. En el supuesto de que una parte, tras la solicitud correspondiente (de su contraparte o del tribunal), se niegue a entregar un documento, a presentar un testigo, o a facilitar la presentación o desahogo de cualquier otra prueba, sin tener excusa y sin haber sido declarada fundada una objeción basada en alguna de las causas de inadmisibilidad, el tribunal arbitral podrá presumir que dicha prueba es adversa a los intereses de la parte requerida.

d) Prueba documental.

Documentos en poder de la parte oferente. El tribunal arbitral deberá fijar una fecha límite (previa a la audiencia) en que cada parte deberá transmitir su contraria y al tribunal todos los documentos en que fundamente sus pretensiones y defensas, y que se encuentren en su poder – incluyendo documentos públicos y aquéllos que sean del dominio público–, salvo aquéllos que hayan sido previamente ofrecidos por otra parte.

Documentos en poder de otra parte. Dentro de un plazo fijado para ello por el tribunal arbitral, cualquier parte podrá solicitar al tribunal que su contraparte presente ciertos documentos que se encuentren en poder de esta última. La solicitud deberá: (i) describir el documento en forma suficiente para identificarlo o, describir en forma restringida un grupo específico de documentos, (ii) describir lo que la parte solicitante considera puede probar con los documentos solicitados, y (iii) indicar que los documentos solicitados no se encuentran en posesión, custodia o control de la solicitante, y la razón por la que piensa que dichos documentos se encuentran en posesión, custodia o control de la otra parte.

Dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, la parte requerida deberá: (i) presentar sin objeción los documentos solicitados, o (ii) presentar por escrito las objeciones que tenga respecto a la presentación de algunos o todos los documentos solicitados (pudiéndose fundar para ello únicamente en las causas de inadmisibilidad). El tribunal arbitral, en consulta con las partes, analizará la solicitud de presentación de documentos, así como las objeciones formuladas y, en su caso, podrá ordenar a la requerida que presente aquéllos documentos que el tribunal determine que (i) servirán para probar un hecho relevante en el caso y (ii) no les sea aplicable ninguna de las causas de inadmisibilidad alegadas por la requerida.

En el caso excepcional en que la procedencia de alguna objeción solamente pueda ser resuelta tras una revisión del documento, el tribunal arbitral podrá, tras consultar con las partes, nombrar un experto independiente e imparcial, sujeto a la confidencialidad del proceso arbitral, con el único propósito de que analice el documento y presente un reporte con relación a la objeción formulada. Si la objeción es declarada procedente, el experto no revelará (ni al tribunal ni a la solicitante) el contenido del documento analizado.

Documentos en poder de un tercero. La parte que requiera un documento de parte de un tercero deberá solicitar al propio tribunal, dentro del plazo que éste fije, que tome los pasos provistos en la legislación –o reglamento institucional- aplicable para la obtención de dicho documento. La parte solicitante deberá describir en forma específica el documento y explicar detalladamente la razón por la que considera que dicho documento es relevante para la controversia. El tribunal arbitral resolverá la solicitud y tomará los pasos correspondientes para la presentación del documento si, a su discreción, determina que el mismo puede ser relevante.

Documentos solicitados por el tribunal. El tribunal, hasta antes de la conclusión del caso, está en plena libertad de solicitar a cualquiera de las partes la presentación al propio tribunal y a la otra parte, de cualquier documento que el tribunal considere importante para la solución de la disputa. La parte requerida solamente podrá objetar dicho requerimiento con base en las causas de inadmisibilidad. Dicha objeción será resuelta en la misma forma como el caso en que la solicitante de la presentación del documento es la otra parte.

Presentación de documentos adicionales. Dentro de los plazos fijados para ello por el tribunal, las partes podrán ofrecer documentos adicionales convertidos en relevantes como consecuencia de hechos que se hayan vuelto materia de la litis a partir del ofrecimiento de documentos, declaraciones de testigos, dictámenes de peritos o cualquier otra presentación de otra parte en el procedimiento.

Aspectos específicos. Las copias (fotostáticas, etc.) presentadas deberán ser idénticas al original. El tribunal arbitral podrá exigir la presentación del original para su inspección. Todo documento ofrecido en un proceso arbitral deberá ser tratado confidencialmente y ser usado por los árbitros y las partes únicamente en conexión con el procedimiento arbitral correspondiente; incluso, las Reglas –al igual que ciertos reglamentos institucionales- le otorgan a los árbitros la facultad de dictar órdenes especiales en dicho sentido.

e) Prueba testimonial.

Ofrecimiento. Cualquier persona puede ser testigo, incluyendo las partes, sus empleados u otros representantes. Cada parte debe señalar al tribunal arbitral, dentro del plazo fijado por éste, el nombre de los testigos en cuyo testimonio basa sus afirmaciones, así como los hechos que son del conocimiento de cada testigo.

Preparación. Las partes (o sus asesores legales) pueden entrevistarse con testigos potenciales. El tribunal arbitral podrá ordenar a las partes que presenten –dentro de un plazo específico- al propio tribunal y a las otras partes, el testimonio por escrito de cada testigo ofrecido. Dicho testimonio escrito deberá contener: el nombre y dirección del testigo; su relación (pasada y presente) con las partes; una descripción de sus estudios, experiencia y entrenamiento –en caso de ser necesario-; una descripción completa y detallada de los hechos; la fuente del conocimiento de

los hechos para el testigo; la declaración de que el contenido del testimonio es verídico; y, la firma del testigo, junto con la fecha y lugar de la misma.

Testimonios adicionales. Cualquier parte podrá presentar testimonios adicionales o reexaminados, incluyendo aquéllos de testigos no nombrados anteriormente, siempre y cuando las revisiones o adiciones solamente respondan a información contenida en los testimonios o dictámenes periciales presentados por las otras partes, y que dicha información no haya sido previamente presentada en el arbitraje.

Desahogo. En caso de celebrarse audiencia, todo testigo que haya presentado declaración por escrito deberá acudir a la misma para ser sometido a interrogatorio, salvo acuerdo en contrario de las partes. Las partes podrán acordar que el testimonio o dictamen escrito del testigo/perito sea suficiente y que su presencia no es necesaria en la audiencia. El acuerdo que en este sentido celebren las partes no confirma ni implica la veracidad del contenido del testimonio o dictamen. Si algún testigo, sin acuerdo de las partes, no comparece a la audiencia, el tribunal arbitral podrá desechar su testimonio escrito, salvo en circunstancias excepcionales en que el tribunal determine lo contrario.

Testigos hostiles. Si una parte desea ofrecer como testigo a una persona que se rehúsa a presentar declaración escrita o a comparecer voluntariamente ante el tribunal arbitral, la oferente podrá solicitar al tribunal arbitral que tome los pasos previstos en la legislación o reglamento institucional aplicables para la obtención de dicho testimonio. Para tal efecto, la parte solicitante deberá aportar al tribunal los siguientes elementos: nombre del testigo, hechos sobre los que el testigo tiene conocimiento, y una aclaración sobre la especial importancia de dicho testimonio para la solución del caso. El tribunal arbitral resolverá la solicitud y tomara los pasos correspondientes si determina que, a su criterio, el testimonio puede ser relevante.

Documentos solicitados por el tribunal. El tribunal, hasta antes de la conclusión del caso, está en plena libertad de solicitar a cualquiera de las partes la presentación de cualquier testigo que el tribunal considere importante para la solución de la disputa, incluyendo testigos que no hayan sido ofrecidos por las partes.

f) Prueba pericial.

Peritos nombrados por las partes. Las partes podrán nombrar a sus propios peritos y ofrecer los dictámenes que consideren necesarios para probar aspectos específicos de su caso. Los dictámenes periciales deberán ser rendidos en el plazo que para ello fije el tribunal arbitral. Cada dictamen deberá contener: el nombre y dirección del perito; su relación (pasada y presente) con las partes; una descripción de sus estudios, experiencia y entrenamiento; sus conclusiones; una descripción completa y detallada de los hechos en que basa sus conclusiones, incluyendo una descripción del método, pruebas e información que utilizó para llegar a ellas; la declaración de que el contenido del dictamen se encuentra apegado a la verdad; y la firma del perito, junto con la fecha y lugar de la misma.

El tribunal arbitral, a su discreción, podrá ordenar que los peritos nombrados por las partes en hechos relacionados, se junten y discutan sus dictámenes, así como sus conclusiones. En dicha sesión, los peritos se deberán esforzar por uniformar aquéllas conclusiones de sus dictámenes en las que sostengan diferentes opiniones. Los peritos deberán dejar constancia escrita de los puntos sobre los que hayan alcanzado un acuerdo.

A su vez, y salvo acuerdo en contrario de las partes (aprobado por el tribunal arbitral), los peritos deberán comparecer a la audiencia de pruebas para rendir su peritaje en forma verbal y contestar las preguntas de las otras partes y del tribunal. Si un perito no acude a la audiencia (sin acuerdo de las partes aprobado por el tribunal), el tribunal debe desechar su dictamen pericial, salvo en casos excepcionales en que el tribunal resuelva lo contrario.

Peritos nombrados por el tribunal arbitral. El tribunal arbitral, tras consultar con las partes, podrá nombrar uno o más peritos independientes (“perito tercero”), con el fin de que rindan al tribunal dictámenes sobre puntos específicos fijados por el propio tribunal. Para este efecto, el tribunal arbitral, con colaboración de las partes, elaborará un acta de misión sobre la cual deberá versar el dictamen de dicho perito. El tribunal deberá enviar a las partes una copia de la versión final de toda acta de misión.

El perito tercero deberá ser independiente de las partes y de los miembros del tribunal arbitral, por lo que deberá suscribir una declaración de independencia para tal efecto. Las partes podrán objetar la independencia del perito tercero en un plazo fijado para ello. El tribunal resolverá las objeciones en forma expedita.

Con excepción de aquellas pruebas comprendidas en las causas de inadmisibilidad, el perito podrá requerir a las partes que le provean de cualquier información, y tendrá derecho a inspeccionar documentos, bienes, muestras, propiedades u otros lugares; sin embargo, el perito no goza de ninguna facultad adicional a aquéllas que le asisten al tribunal arbitral. Las partes y sus representantes tienen derecho a recibir la información obtenida por

el perito, así como a asistir a las inspecciones que éste realice. Cualquier desacuerdo entre las partes y el perito tercero será resuelta por el tribunal arbitral.

El perito debe rendir su dictamen por escrito, incluyendo en el mismo una descripción del método, pruebas e información en que se haya basado para la elaboración del mismo. El perito deberá dejar constancia en su dictamen de cualquier incumplimiento a las órdenes del tribunal arbitral en que haya incurrido alguna de las partes, así como del efecto que dicho incumplimiento haya tenido en el contenido o conclusiones del dictamen.

Las partes recibirán una copia del dictamen, y, además, podrán inspeccionar o revisar cualquier documento que el perito haya examinado y tendrán acceso a todas las comunicaciones que el tribunal haya tenido con el perito. Dentro del término que fije el tribunal, las partes podrán presentar una respuesta al dictamen del perito tercero, ya sea a través de sus propios representantes legales o mediante la presentación de un dictamen pericial adicional. El tribunal hará llegar la respuesta o el peritaje adicional al perito tercero y a las otras partes.

Las partes podrán solicitar al tribunal, o éste, actuando de oficio, podrá ordenar que el perito tercero comparezca a la audiencia, donde será sometido al interrogatorio que le formulen las partes, los árbitros y los demás peritos, sobre hechos que hayan sido cubiertos en sus dictámenes (originales o adicionales).

El dictamen del perito tercero será valorado libremente por el propio tribunal, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso. Los honorarios y gastos del perito tercero, serán sufragados en la forma que determine el tribunal y formarán parte de los costos del arbitraje.

g) Prueba de inspección.

El tribunal arbitral podrá (a petición de parte o de oficio) inspeccionar (u ordenar a un perito la inspección de) cualquier lugar, propiedad, maquinaria, bien, proceso, documentos, etc. que considere apropiado, salvo que el objeto de la inspección se encuentre cubierto por alguna de las causas de inadmisibilidad. Para este efecto, tras consulta con las partes, el tribunal determinará la fecha y forma de la inspección, misma a la cual tendrán derecho de asistir las partes y sus representantes.

h) La audiencia de pruebas.

Control de la audiencia. La audiencia de pruebas (la “audiencia”) estará siempre bajo el total y absoluto control del tribunal arbitral, quien tiene, entre otras facultades, la de limitar o desechar cualquier pregunta a, o la comparecencia de, cualquier testigo o perito, si el tribunal considera que la pregunta o comparecencia correspondiente es irrelevante, innecesaria, insidiosa, repetitiva, o cubierta por una causal de inadmisibilidad.

Orden de las pruebas. Por lo general los testigos y peritos de la parte actora comparecerán primero; en el segundo lugar van aquéllos de la demandada; y, finalmente, la actora presentará los testigos y peritos en los que se base para rebatir aquéllos de la demandada. Sin embargo, el tribunal podrá variar este orden por cualquier razón y en cualquier forma que considere procedente, incluyendo el carear o confrontar a testigos de partes contrarias que tengan conocimiento de los mismos hechos.

Comparecencia de testigos y peritos. Todo testigo/perito, antes que nada, deberá manifestar al tribunal, en la forma que el propio tribunal considere propio, que declarará con veracidad. A su vez, si dicho testigo/perito presentó antes de la audiencia su testimonio o dictamen por escrito, en este momento deberá ratificarlo, y las partes podrán acordar (o el tribunal ordenarlo de oficio) que dichos documentos constituyan el testimonio directo del testigo/perito. Tras dicha orden o tras el desahogo del interrogatorio que la oferente haga a su testigo/perito, la contraparte podrá interrogar al mismo. Tras las preguntas de la contraparte, la oferente podrá formular las preguntas adicionales que considere, siempre y cuando estén relacionadas con las repreguntas de la contraria.

Los árbitros podrán hacerle preguntas al testigo/perito en cualquier momento que consideren adecuado a lo largo de su comparecencia. El tribunal podrá requerir al testigo/perito que presente pruebas orales o escritas de cualquier hecho que el tribunal considere relevante, salvo que a la prueba solicitada le sea aplicable alguna causal de inadmisibilidad. Cualquier testigo/perito citado o interrogado por el tribunal también podrá ser interrogado por las partes.

VI. Conclusiones.

El proceso probatorio en el arbitraje comercial internacional ha sido liberado de rigorismos e ineficiencias legislativas locales. La presentación de las pruebas en los procesos arbitrales igualmente sigue una forma flexible. El tribunal arbitral debe asegurarse que cada parte tenga oportunidad suficiente de presentar su caso, que el procedimiento sea acorde con el acuerdo de las partes y, en caso de falta de acuerdo sobre algún aspecto, que

el procedimiento sea acorde con las leyes del lugar donde el arbitraje tenga lugar. Además, a fin de que cada parte tenga conocimiento preciso de cada etapa probatoria, así como de las formas y plazos aplicables, el tribunal arbitral debe indicar a las partes, lo más pronto posible en el proceso, todas aquellas medidas que el propio tribunal adopte a este respecto.

En virtud de que cada vez es más variada la nacionalidad de las partes que intervienen en arbitrajes, las costumbres y prácticas involucradas son igualmente mayores. Es muy difícil determinar, en forma previa al inicio de un proceso arbitral internacional, las determinaciones específicas que adoptará el tribunal con relación a la recepción de pruebas. Las reglas de la iba no solamente sirven de guía a personas que puedan participar en arbitrajes y a las partes mismas acerca de sus posibles derechos y obligaciones en dicha etapa del procedimiento arbitral, sino que lo hacen acercando los sistemas anglosajón y romanista, pues adoptan un sistema de dos componentes: primero, el intercambio mutuo de demanda y contestación, ambas acompañadas de los documentos en que cada una se basa y, segundo, la celebración de una audiencia en la que las partes presentan a sus testigos y peritos, y formulan sus alegatos.

Si las partes quieren certeza, es aconsejable que en su cláusula arbitral indiquen que las reglas de la iba serán aplicables, sin embargo, la propia cláusula debe dejar claro que la última palabra la tienen los árbitros. La flexibilidad del proceso arbitral es una de sus grandes ventajas, por lo que su eliminación puede a la larga traer más problemas que soluciones para las partes. Las reglas deben ser publicadas y hechas del conocimiento de la mayor parte de los participantes en el arbitraje internacional. Como el título de este artículo lo dice, la interpretación e implementación de las reglas puede coadyuvar al crecimiento y expansión del arbitraje.

Finalmente, las partes y el tribunal arbitral, tampoco deben de perder de vista la existencia de las notas de la cnudmi sobre la organización del proceso arbitral, instrumento elemental que, en forma conjunta con las reglas de la iba, permite un eficaz, rápido, justo y equitativo desarrollo del procedimiento.

DIRECTORIO

“ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio”.

CONSEJO EDITORIAL.

Presidente ICC México. Ing. Guillermo Cadena Acevedo
Vicepresidentes .
Sr. Georg Braunleder
Lic. Jorge Espina Reyes
Lic. Juan Luis Prieto Jacque
Tesorero Ing. Saturnino Suárez Fernández
Director Ejecutivo Ing. Carlos Espinosa Castillo
Director Pauta. Lic. Laura Altamirano López
Creación en formato electrónico. PTI. Alejandro Bosch Sánchez.

ICC México Pauta Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida, copiada, o traducida en ninguna forma o por cualquier medio – gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción – sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: “ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.”

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.”.

Revista trimestral de abril del 2002
Editor responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López.

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2001-021211090100-106.

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor. Av. De las Naciones número 1 Col. Nápoles 03810, Oficina 20 Nivel 14 Edificio World Trade Center, Of. 20 Niv. 14.
Imprenta: SIGN asociados S.C. Pibres 74 Col. del Valle, México D.F. 03100.
Distribuidor: ICC México. Av. De las Naciones número 1 Col. Nápoles 03810, Oficina 20 Nivel 14 Edificio World Trade Center, Of. 20 Niv. 14.