



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. 40 Mayo 2003

## **INDICE GENERAL**

Pauta 40, mayo 2003

### **CARTA DEL PRESIDENTE**

#### **LA CONQUISTA DE LOS PARTICULARES FRENTE AL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS: LA DILUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO**

Dr. Claus Von Wobeser

#### **EL ORDEN PUBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES**

Dr. José Luis Siqueiros

#### **MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE**

Lic. Francisco González de Cossío

#### **LA MEDIACIÓN PRIVADA EN MÉXICO.**

Lic. Carlos J. Mc Cadden M.

#### **MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE**

Lic. Jesús Moreno Mendoza

#### **ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO**

Dr. Leonel Pereznieta Castro

#### **ARBITRAJE EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA**

Lic. Luis D. Santos Jiménez

#### **EL PROCESO CUASI-ARBITRAL EN CONFLICTOS RELATIVOS A NOMBRES DE DOMINIO**

Lic. Martí Vallés Botey

#### **DECISIONES RECIENTES SOBRE ARBITRAJE EMITIDAS POR TRIBUNALES MEXICANOS**

Lic. Rodrigo Zamora Etcharren

## CARTA DEL PRESIDENTE



Es en sí un gran honor recibir la oportunidad de presidir un organismo, cualquiera que éste sea, cuando hay certeza de que su función contribuye al bien común.

Es por lo tanto especialmente honroso tomar el liderazgo de una institución como ICC México, en cuyo caso, esta certeza reviste además la gran importancia, del papel que juega en la compleja coyuntura que es la globalización, en la que lo único cierto es la existencia real de este fenómeno mundial, permaneciendo aún en la sombra de la incertidumbre las consecuencias que resulten de este proceso que afecta seguramente a todas las latitudes, falta que atestigüe quiénes se beneficiarán y quién serán afectadas por el proceso, si este no es conducido de forma adecuada y justa.

Agradezco a todos la confianza que depositan en mí para guiar el curso de las acciones de esta cámara, consciente de que soy sólo un eslabón más en la cadena de personas que me han precedido y le han dado dirección, prestigio y dinamismo. En este sentido deseo hacer patente mi reconocimiento de forma expresa al Ing. Guillermo Cadena Acevedo, por su destacada labor. El ha sabido imprimir a lo largo de su presidencia la relevancia que ha adquirido nuestra institución por medio de su comprometida actuación para que la ICC sea hoy día un organismo representante del empresariado internacional. La participación de ICC en la Conferencia Cumbre de la ONU en Monterrey fue el suceso que confirmó el reconocimiento de nuestro organismo en este sentido. A Guillermo lo distingue su actuar con convencimiento y decisión, además de su cordialidad, su calidez y su sensatez, que le han permitido hacer amigos durante su presidencia, entre los que honrosamente me considero incluido. Muchas gracias Guillermo.

La ICC Internacional continuará desempeñando un papel cada vez más relevante en el ámbito global, esto lo mencionó nuestro presidente mundial Jean René Fourtou en su discurso inaugural afirmando que "hoy más que nunca, la ICC es no sólo útil, sino necesaria". Esto debido a la complejidad que ha adquirido el área de negocios internacionales conforme el proceso globalizador avanza.

Es la empresa y el empresariado por medio de su vocero la ICC quienes tienen la capacidad de contribuir a conformar un sistema de comercio e inversión libres para imprimirle una orientación positiva, esto es, para que beneficie al mayor número posible de naciones.

Aceptar la presidencia de la ICC México representa para mí la gran responsabilidad de dar respuesta a este reto, y tratar de convertirlo en la oportunidad de incorporar al mayor número de empresas posible a la nueva realidad del siglo 21 que requiere empresas y empresarios sin fronteras. La acepto con la conciencia de la labor que este organismo

desempeña para que el desarrollo sea un beneficio del proceso globalizador, y se logre así el propósito de los fundadores de la ICC, de ser promotores de la paz por medio del comercio internacional, y se refleje esto en un mejor entendimiento entre los pueblos más allá de los 140 países donde está presente esta institución con más de 8000 miembros.

La responsabilidad es enorme y mi compromiso deberá responder a esas expectativas; por ello, pido el apoyo de todos ustedes, su consejo y su crítica desinteresada.

El éxito de un organismo como este depende del trabajo de los empresarios voluntarios que otorgan su experiencia y su tiempo para beneficio de los objetivos que se persiguen... el éxito lo obtendremos, estoy seguro, a través el trabajo de las diversas comisiones que forman el eje central de nuestra actividad.

Muestra clara de este trabajo, es el realizado por la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional, la cual es presidida por el Doctor Claus von Wobeser y quienes anualmente realizan la primera edición de la revista PAUTA, en la cual se presentan artículos realizados en forma honoraria por los árbitros internacionales e integrantes de esta comisión; en este sentido tengo el gusto de presentar a ustedes nuestra revista Pauta, número 40, titulada Arbitraje Comercial Internacional; la cual ofrece a nuestros agremiados una herramienta indispensable en el conocimiento de este medio de solución de controversias; el cual es un importante eslabón de la normatividad del comercio internacional, materia de estudio de ICC México.

Con gran responsabilidad y mi compromiso para responder a sus expectativas, me reitero a sus órdenes al frente de esta organización mundial de las empresas.

Cordialmente,

Lic. Luis de la Peña Stettner  
Presidente  
ICC México



## ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b> .....	<b>4</b>
<b>“LA CONQUISTA DE LOS PARTICULARES FRENTE AL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS: LA DILUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO”</b> .....	<b>6</b>
ANTECEDENTES .....	7
I. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE DEL ARBITRAJE .....	9
II. ANÁLISIS ESPECÍFICO EN RELACIÓN A LA ARBITRALIDAD DE CIERTAS MATERIAS. ....	11
a) <i>Algunos avances logrados en México durante los últimos años sobre asuntos que pueden someterse al arbitraje.</i> .....	11
b) <i>Otras áreas reservadas a la competencia exclusiva de los Tribunales Federales.</i> .....	14
<b>EL ORDEN PUBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES*</b> .....	<b>17</b>
I. INTRODUCCION.....	17
II. BASES GENERALES.....	18
III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.....	20
IV. REGLAS DE ORDEN PUBLICO.....	21
V. OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	22
VI. LA DOCTRINA INTERNACIONAL.....	22
VII. DERECHO MEXICANO Y JURISPRUDENCIA.....	23
a) <i>Código de Comercio.</i> .....	24
b) <i>Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).</i> .....	24
c) <i>Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF).</i> .....	24
d) <i>Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).</i> .....	24
e) <i>Jurisprudencia.</i> .....	24
VIII. REFLEXIONES FINALES.....	25
<b>MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE</b> .....	<b>27</b>
I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO.....	27
II. TEORIA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS .....	27
a) <i>General</i> .....	27
b) <i>Facultad del Tribunal Arbitral para Emitir Medidas Precautorias</i> .....	28
III. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL .....	31
a) <i>Nota Preliminar</i> .....	31
b) <i>Precedentes Internacionales</i> .....	32
IV. DERECHO EXTRANJERO.....	40
a) <i>Derecho Estadounidense</i> .....	40
b) <i>Francia</i> .....	45
c) <i>Otras Legislaciones</i> .....	47
d) <i>Esfuerzos Internacionales</i> .....	47
V. DERECHO MEXICANO .....	48
a) <i>Facultad del tribunal arbitral para emitir medidas precautorias</i> .....	48
b) <i>Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral</i> .....	51
c) <i>Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el tribunal arbitral</i> .....	52
d) <i>Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje</i> .....	52
VI. COMENTARIO FINAL.....	55
<b>LA MEDIACIÓN PRIVADA EN MÉXICO.</b> .....	<b>57</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	57
II. INICIO DE LA MEDIACIÓN.....	58

III. CLÁUSULAS ADR PROPUESTAS POR LA CCI ;ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.....	59
a) ADR opcional:.....	59
b) Obligación de considerar la posibilidad de recurrir al ADR:.....	59
c) Obligación de recurrir al ADR y mecanismo automático de expiración:.....	59
d) Obligación de recurrir al ADR seguido por arbitraje CCI en caso necesario:.....	59
e) Cláusula tipo de arbitraje de la CCI dice:.....	60
IV. CONDUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	60
V. TERMINACIÓN DE LA MEDIACIÓN.....	61
VI. ACUERDO DE TRANSACCIÓN.....	62
VII. CONCLUSIÓN.....	63
<b>MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE.....</b>	<b>64</b>
<b>ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO.....</b>	<b>70</b>
<b>ARBITRAJE EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....</b>	<b>72</b>
ANTECEDENTES EN ESTADOS UNIDOS.....	72
ANTECEDENTES EN EL DERECHO EUROPEO.....	73
SITUACIÓN EN MÉXICO.....	74
<b>EL PROCESO CUASI-ARBITRAL EN CONFLICTOS RELATIVOS A NOMBRES DE DOMINIO.....</b>	<b>75</b>
I.- INTRODUCCIÓN.....	75
II.- NOMBRES DE DOMINIO DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL (gTLDs Y cCTLDs).....	76
III.- NOMBRES DE DOMINIO CON LA TERMINACIÓN NACIONAL.....	76
IV.- NORMAS Y ENTIDADES PARA RESOLVER CONFLICTOS.....	77
V.- DESARROLLO DEL <i>PROCEDIMIENTO</i> .....	77
VI.- DEMANDA, CONTESTACIÓN, NOTIFICACIONES Y DECISIÓN.....	78
VII.- TÉRMINOS DE LA DISPUTA Y ACTIVIDAD PROBATORIA.....	79
VIII.- EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN E INTERACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO CON LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.....	79
IX.- DATOS DE INTERÉS.....	79
X.- OTRAS CONSIDERACIONES.....	80
XI.- CONFLICTOS RELATIVOS A NOMBRES DE DOMINIO “.ES”.....	80
<b>DECISIONES RECIENTES SOBRE ARBITRAJE EMITIDAS POR TRIBUNALES MEXICANOS .....</b>	<b>82</b>
NATURALEZA DEL LAUDO ARBITRAL.....	82
<i>Árbitro. Sus resoluciones son actos de autoridad, y su ejecución le corresponde al juez designado por las partes.</i> .....	82
<i>Arbitraje. Los laudos firmes adquieren la categoría de cosa juzgada.</i> .....	83
<i>Arbitraje. Convenio ante la procuraduría federal del consumidor elevado a la categoría de laudo arbitral. No necesita ser homologado previamente para que el juez ordene su ejecución.</i> .....	83
PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.....	84
<i>Homologación y ejecución de laudo arbitral en materia mercantil, dictado por un árbitro extranjero. Debe tramitarse el procedimiento correspondiente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1461 y 1463 del código de comercio y este último en relación con el artículo 360 del código federal de procedimientos civiles.</i> .....	84
RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD / EJECUCIÓN DEL LAUDO.....	84
<i>Incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral comercial. En materia de recursos, debe aplicarse el código de comercio.</i> .....	85
<i>Incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral. Los acuerdos dictados durante el desarrollo de éste, son impugnables mediante el recurso de revocación (legislación en materia mercantil).</i> .....	85

## **“LA CONQUISTA DE LOS PARTICULARES FRENTE AL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS: LA DILUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO”**

*DISCURSO DE INGRESO DEL DR. CLAUS VON WOBESER  
COMO MIEMBRO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA MEXICANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA  
20 DE MAYO DE 2003*

*Por: Dr. Claus Von Wobeser*

En primer lugar deseo agradecer a la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia el altísimo honor que me han hecho al invitarme como miembro de número de tan distinguida agrupación del gremio de abogados de México. Constituye para mí una gran distinción incorporarme como parte de este grupo que, sin duda alguna, incluye a algunos de los abogados más destacados de nuestro país. Agradezco muy particularmente la amistad y cariño que me ha dispensado el Presidente de esta Academia, quien me invitó, hace 28 años, en la calidad que tenía en ese entonces, de Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados a incorporarme como miembro aspirante de tan distinguido Colegio en una época en la que cursaba mis estudios en la Escuela Libre de Derecho. Sin duda alguna el ingreso a esta Academia me permitirá aprender mucho de los distinguidos colegas que ya forman parte de la misma.

Siguiendo la tradición de esta Academia, en primer lugar quisiera mencionar los nombres de los tres juristas que me precedieron en el Sitial número 42 y que son las siguientes personas:

El Lic. José Mariano Pontón, que ingresó en 1930.

El Lic. Eduardo Presiat Castillo, que ingresó en 1946.

Y el Dr. Lucio Mendieta y Núñez, que ingresó en 1974. En relación a este último, quisiera hacer una breve semblanza bibliográfica.

Abarcar una personalidad que muestra vertientes esenciales de jurista, sociólogo, innovador visionario, educador, divulgador y funcionario, es y será siempre un reto que impone el describir a la persona del Dr. Lucio Mendieta y Núñez; un abogado verdaderamente excepcional.

Don Lucio Mendieta y Núñez realizó sus primeros estudios en la Escuela Anexa a la Normal de Oaxaca, tierra llena de encantos arqueológicos, de vida propia, de fuerza. En su temprano desarrollo, la cercanía con los problemas sociales agrarios e indígenas le mostraron la injurianta desigualdad social y las diferencias brutales y tajantes de los estratos sociales. Dichos problemas sociales así como su intuitivo sentido de la justicia, serían los elementos que determinarían la vida de este gran jurista.

Inició sus estudios de bachillerato en el Instituto de Ciencias de Oaxaca y en la segunda década del siglo pasado se trasladó a la ciudad de México donde continuó sus estudios en la Escuela Nacional Preparatoria.

Mendieta y Núñez culmina su brillantes estudios profesionales en la Escuela Nacional de Jurisprudencia en donde recibió el título de abogado el 1º de mayo de 1920.

Es doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, institución a la que sirvió desde el año de 1929 y en donde obtuvo, por oposición, la cátedra de Derecho Agrario. Posteriormente, dentro del magisterio, impartió las cátedras de Sociología y de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UNAM; profesor de Derecho Agrario de la Escuela de Economía de la UNAM; profesor de Sociología en la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y en el Instituto Tecnológico de México.

El doctor Mendieta y Núñez obtuvo de manera excepcional la designación como profesor e investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México en mayo de 1971.

Hombre prolífico que contó en su haber con más de noventa publicaciones, entre ellas 30 libros. Dos son los temas sobre los que el Dr. Mendieta y Núñez se ocupó en la gran mayoría de su obra escrita: el Derecho y la Sociología.

Sus obras, motivo de consulta obligatoria para los estudiantes universitarios, han enriquecido al foro mexicano en el campo del Derecho Agrario, en la Historia del Derecho y en el Derecho Administrativo.

Respecto del Derecho Agrario, es, hasta la fecha, uno de los autores más consultados. Entre las obras que se deben a su pluma encontramos: *El Problema Agrario de México*; *Introducción al Estudio del Derecho Agrario*; y *El Sistema Agrario Constitucional*, entre otros.

Pero el Dr. Mendieta no solamente centró su actividad en el campo especulativo del Derecho y la Filosofía Social, también desempeñó importantes cargos públicos y académicos: En 1921 ocupó la jefatura del Departamento de Población, en la Dirección de Antropología de la Secretaría de Agricultura; en el año de 1934 estuvo al frente del Instituto de Investigaciones Sociales de dicha Secretaría y al año siguiente dirigió el Instituto de Estudios Políticos del PNR. A partir de 1939 y hasta 1965 ocupó el cargo de Director del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM, desempeñando una labor excepcional al frente de dicho Instituto y convirtiéndolo en un verdadero centro de investigación; se le reconoce, también, un papel protagónico en la fundación en 1951 de la Escuela, hoy Facultad, de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; igualmente colaboró en el Departamento de Asuntos Indígenas y ocupó el puesto de Oficial Mayor del Departamento Agrario.

Mendieta y Núñez, abogado comprometido con su país, fue un ciudadano ajeno a las intrigas políticas y, por lo mismo, muy digno de ser escuchado, atendido y estudiado por los intelectuales más reconocidos del siglo XX como José Vasconcelos, Alfonso Reyes y Pablo González Casanova, entre otros.

El Dr. Mendieta y Núñez ha dejado un extraordinario legado. De ahí que tomar su lugar en la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación es motivo de orgullo y constituye, a su vez, una responsabilidad y un reto que guiará mis esfuerzos en el desempeño de mi labor dentro de esta honorable Institución.

## Antecedentes

A continuación me permitiré hablar del tema que he elegido para mi discurso de ingreso a esta honorable Academia.

Durante más de un siglo la educación jurídica en México nos condujo por la escuela de la exégesis en donde toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo, que se determina en todo caso mediante la fórmula literal del texto, y siempre apegado al fin social perseguido por el legislador. Sin embargo a partir de Bonnacase, el elemento legal desempeña un papel esencial en el derecho positivo, sobre todo, en una época de codificación continua. La interpretación de nuestro orden jurídico, abierto al mundo, nos obliga a la búsqueda del elemento legal a que se refería Bonnacase pero sobre la base de la mayor libertad de los individuos y del comercio.

Esta es una búsqueda que los abogados de hoy debemos tener en cuenta como una forma de ganarle espacios al Estado, sobre todo a un Estado como el mexicano que durante casi un siglo se erigió en un Estado benefactor y omnipresente. Los abogados en nuestro trabajo cotidiano, solemos encontrar multitud de limitaciones a la voluntad de las personas no obstante que se trate de materias y de casos en donde el interés en litigio y su resultado, afectan única y exclusivamente a ellas. En estos casos cabría preguntarse: entonces ¿por qué no llegar a los acuerdos necesarios para que el litigio se ventile ante otra persona como ellos, ante un tercero en el que confían. ¿No sería la forma de abrir un espacio para alcanzar una mejor justicia? Además, con sistemas modernos y eficientes para la resolución de diferencias se impulsaría al desarrollo económico de México y ahora, a su internacionalización.

El tópico del discurso me lleva a un tema poco estudiado hasta hoy en México, y yo diría hasta inhóspito, pero ciertamente muy importante para la realidad actual del país.

Se trata de discutir cuáles son y, sobre todo cuáles deben ser, los límites del Poder Público en México, de cara a una sociedad que gana espacios cotidianamente y frente a la creciente participación de México en el comercio mundial.

Con la caída del Muro de Berlín, el derrocamiento del comunismo en la mayoría de los países del mundo y con el intenso fenómeno de la globalización, los países han sufrido un gran cambio conforme al cual, en la mayoría de los casos, los gobiernos se han retirado en forma decidida de las actividades económicas y sociales en las que participaban en el pasado, para ceder espacios a la



sociedad civil. Nos acercamos así, cada vez más a la res pública propuesta por Platón, en la que todo ciudadano tenía una participación.

Hoy en día los Estados nacionales después de cinco siglos han reconocido finalmente que no fueron capaces de satisfacer todas las necesidades de la sociedad, por lo que han cedido a sus reclamos, y han procedido a transferir un número cada vez mayor de funciones en la vida económica, política y social. Es importante mencionar que la transferencia de funciones se da en lo interno a favor de la sociedad mientras que en lo internacional, esa cesión de facultades se da, como en el caso de Europa, en a favor de órganos supranacionales.

El Estado por su parte ha reconocido que su función debe de limitarse a garantizar la seguridad de las personas, la protección del medio ambiente, de los derechos humanos y a mantener una política económica estable que permita a los particulares realizar sus actividades en forma libre y exitosa poniendo cada vez más un mayor énfasis en el desarrollo de las comunidades en donde los individuos habitan, pero al mismo tiempo, sin dejar de desconocer la necesidad de integrarse en el proceso de la globalización.

Sin duda alguna México no se ha sustraído a esa tendencia de cambio que podemos observar en otras latitudes del mundo.

En efecto, en los últimos 20 años, México se ha transformado aceleradamente con motivo de su incorporación al GATT, y la apertura subsecuente de su economía, con su participación en la OECD, en los diversos tratados de libre comercio y en los acuerdos para la protección de las inversiones entre otros, y que han sido el detonador para pasar de una de las economías de las más cerradas del mundo, a otra de las más abiertas y lo que es más importante: para dejar de ser una economía aislada del mundo y constituirse hoy entre las diez naciones con mayor capacidad exportadora en el planeta.

La apertura motivada por esta profunda transformación económica provocó a su vez el cambio en el régimen político que llevó a la primera elección democrática de un Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en 89 años y a una lucha frontal a favor del respeto de los derechos humanos.

El gran cambio también se dio en lo jurídico en donde nos encontramos en medio de una gran transformación de nuestro derecho tradicional.

Se trata de un proceso que aún no termina, al menos, en su fase más intensa. Se ha logrado un gran avance en el fortalecimiento del Poder Judicial, sobre todo a partir de la Reforma Constitucional de 1994. Si bien esta reforma fue criticada por la manera en que se llevó a cabo, ya que incluso se habló de un rompimiento del Estado de Derecho, sin duda alguna ha dado frutos positivos al convertir a nuestro máximo Tribunal en un verdadero poder independiente que ha emitido, en los últimos años, decisiones sin precedentes en nuestro país.

Un verdadero país democrático no se entendería sin un Poder Judicial fuerte e independiente. Sin embargo, el mayor número de controversias que se someten a nuestros tribunales y el incremento de la litigiosidad en nuestra sociedad, por su mayor educación, hace cada vez más difícil el que el Estado se ocupe de manera exclusiva de la tarea de solucionar las controversias que se suscitan entre las personas e instituciones de nuestra sociedad.

En el informe de actividades que rindió el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en diciembre del año pasado, se refirió al incremento del número de asuntos que conocen los tribunales del Distrito Federal. En el año de 2002 ingresaron 209,673 nuevos asuntos.

Si dividimos este número de asuntos entre los jueces del Distrito Federal, nos llevaría a que cada juez tuvo que conocer 815 asuntos por año. Esto significa que cada Juez tuvo 137 minutos para conocer cada asunto desde el inicio del juicio hasta la emisión de la sentencia respectiva, tomando como promedio que un juicio tenga una duración de un año. Si el juicio durara menos de 12 meses tendría aún menos tiempo para cada asunto.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>

CONCEPTO	TOTAL	OBSERVACIONES Y DESGLOSES
Juicios ingresados en el 2002	209,673	Incluye exhortos, competencias y oficios compromisorios

Esta sobrecarga de trabajo de los tribunales, que no es un fenómeno exclusivo de nuestro país, puede ser resuelto entre otros elementos, por el arbitraje que es un medio probado ampliamente a nivel nacional como sobre todo a nivel internacional.

Sin embargo, no sólo es importante el fomentar el uso de medios alternativos de solución de controversias, si no que también es conveniente analizar el tipo de controversias que pueden ser sometidas a estos mecanismos, así como la tendencia mundial y la mexicana que se está dando en esta materia. Con este objetivo haré a continuación un breve análisis de las normas que ya regulan este tema en México, para enseguida mencionar los avances que han sido consecuencia de la apertura y, finalmente, referir los cambios más importantes que pueden servirnos de guía para adaptarnos a las corrientes modernas en la solución de controversias.

## I. El orden público como límite del arbitraje

El derecho mexicano no tiene reglas claras sobre el tipo de controversias que pueden ser sometidas al arbitraje.

En diversos países del mundo se han establecido normas generales que disponen que las personas podrán someter al arbitraje las controversias que se relacionen con los derechos de los que pueden disponer libremente.<sup>2</sup>

<b>Número de Jueces</b> locales en el DF	257	Incluye juzgados de paz, de lo civil, de lo familiar, del arrendamiento inmobiliario y penales
<b>Días laborables</b> al año	232	52 (semanas) x 5 (días hábiles a la semana) – 20 (días hábiles de vacaciones) – 8 (días de descanso obligatorio)
<b>Horas laborables</b> al año	1,856	232 (días laborables) x 8 (horas por día hábil)
<b>Minutos laborables</b> al año	111,360	1,856 (horas laborables al año) x 60 (minutos c/hora)
<b>Promedio de juicios que conoce un juez del DF al año</b>	<b>815.8</b>	209, 673 (juicios ingresados en el 2002) ÷ 257 (número de jueces locales en el DF)
<b>Promedio de horas dedicadas por cada juez a un asunto</b>	<b>2.27 horas</b>	1,856 (horas laborables al año) ÷ 815.8 (promedio de número de juicios)
<b>Promedio de minutos que dedica un juez por cada asunto</b>	<b>136.5 minutos</b>	111,360 (minutos laborables al año) ÷ 815.8 (promedio de número de juicios)

### FUENTES:

Informe de Labores 2002 del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Estatuto de Gobierno del Distrito Federal

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal

Página Web del TSJDF: <http://www.tsjdf.gob.mx>

Página web del consejo de la judicatura federal del Distrito Federal: <http://www.cjdf.gob.mx>

<sup>2</sup> Artículo 2059 del Código Civil Francés.

Asimismo, la mayoría de las legislaciones del mundo definen los asuntos que no pueden ser sometidos al arbitraje, por considerar que se trata de áreas que afectan al orden público.<sup>3</sup>

La tendencia observable en la mayoría de los países en los que ha florecido el arbitraje, es en el sentido de considerar que únicamente un muy reducido número de materias no pueden ser sometidas al arbitraje por consideraciones de orden público.

Sin embargo, en México podemos constatar que un amplio número de asuntos continúan no siendo arbitrables.

Conforme al Código de Comercio el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitantes que establece el propio Código, pudiendo ser el procedimiento convencional ante los tribunales o un procedimiento arbitral.<sup>4</sup>

Conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>5</sup> será competencia exclusiva de los tribunales nacionales conocer sobre los asuntos relacionados con las tierras y aguas localizadas en el territorio nacional, los recursos de la zona exclusiva marítima, los actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y las dependencias de la Federación y de los Estados, el régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero, así como los asuntos que en forma específica se señalan en otras leyes.

Dentro de los asuntos reservados por otras leyes al Estado, podemos señalar como ejemplo, la solución de las controversias de carácter penal, agrario y laboral entre otros.

De acuerdo al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal<sup>6</sup>, no se pueden someter a arbitraje los siguientes asuntos:

El derecho de recibir alimentos

Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las diferencias puramente pecuniarias

Las acciones de nulidad de matrimonio

Los concernientes al estado civil de las personas

Los demás en que lo prohíbe expresamente la Ley.

De acuerdo a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, también conocida como Convención de Nueva York<sup>7</sup>, se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia comprueba que según la Ley de ese país, el objeto de la controversia no es sujeto a arbitraje.

En el Código de Comercio<sup>8</sup>, que reproduce estos principios, se establece que se podrá pedir la nulidad del laudo o se podrá denegar el reconocimiento o ejecución del mismo, cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

El análisis del derecho mexicano evidentemente incluye a las convenciones internacionales por ser estas auto aplicativas de acuerdo a lo establecido por el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De ahí que podamos concluir que si bien no se establece una regla general sobre las materias susceptibles de ser incluidas en el arbitraje, podemos sostener por exclusión, que todas las controversias que no estén expresamente reservadas al conocimiento del Estado o aquellas controversias que en forma específica se excluyan del arbitraje, podrán ser sometidas al mismo, siempre y cuando el laudo que resulte de dichas controversias no sea contrario al orden público.

En virtud de este principio general, nos debemos de preguntar en qué casos una sentencia podrá ser considerada como contraria al orden público mexicano y qué deberemos entender por orden público en este sentido. Se trata de la otra cara de la moneda del tema que nos ocupa y a la cual ya no me referiré puesto que mi intención, como la manifesté, es analizar al concepto del orden público no

<sup>3</sup> Artículo 2060 del Código Civil Francés

<sup>4</sup> Artículo 1051 Código de Comercio

<sup>5</sup> Artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles

<sup>6</sup> Artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

<sup>7</sup> Diario Oficial del 22 de Junio de 1971

<sup>8</sup> Artículos 1461 y 1462

como un elemento disruptor en la aplicación de una norma extranjera, en este caso, un laudo extranjero, si no más bien, el orden público como la expresión de la jurisdicción del Estado para conocer y juzgar una determinada serie de asuntos en los cuales los particulares no pueden ejercer libremente su voluntad de disposición.

De ahí que mi tarea en esta propuesta sea mostrar en qué casos y bajo qué circunstancias el Estado ha cedido paulatinamente terreno a favor de los particulares y, por consecuencia, ha reducido su jurisdicción sobre los asuntos que le competían de manera exclusiva, y por su parte, los particulares han extendido la solución de un número cada vez mayor de controversias.

Es así que propongo que entendamos al orden público en el tema específico del que hablamos, como la esfera de jurisdicción en donde el poder público tiene todas las facultades y, en consecuencia, la última palabra.

No los voy a cansar con una tediosa clasificación de las diversas acepciones del orden público, por lo que tan sólo permítanme mencionar que, en el sentido en que me he referido a este concepto, será aquél en el que el Estado y la sociedad mexicanos del día de hoy, discuten sus respectivos ámbitos de jurisdicción; es decir, a partir de qué punto los intereses en juego son intereses privados que no afectan los derechos de terceros y por tanto de voluntaria disposición por parte de las personas.

Deseo ser enfático en este punto especialmente, pues es aquí en donde se encuentra una parte sustancial de la tesis que sostengo en este discurso: hoy en día, y como resultado de más de 70 años de un Estado Benefactor, que empezó a cesar a partir de 1986 con la apertura de la economía mexicana, aún existen demasiadas materias en donde el Estado tiene plena jurisdicción. Se trata de todo tipo de proteccionismos con los que el Estado invadió la esfera de los intereses particulares y que ya es necesario que se retire de ellos a favor de la sociedad, de la libertad de las personas y del comercio.

En la medida en que México se internacionalice, irá aprendiendo que muchos de los instrumentos que existen hoy en el mundo y que han servido para impulsarlo, ya se utilizaron satisfactoriamente, y esa es precisamente una de las tareas del derecho comparado: encontrar las similitudes de las instituciones jurídicas del derecho extranjero para adaptarlas en lo más conveniente y de mayor provecho para México.

En el Estado moderno de hoy se han ido acotando cada vez más sus funciones, abriendo mayores espacios para la sociedad en la solución de controversias que antes le estaban reservadas en exclusiva para su jurisdicción, se trata de una tendencia que, en mi opinión, debe seguir México y que en cierta forma lo ha hecho aunque yo considero que el avance debe ser más amplio y más acelerado.

## **II. Análisis Específico en relación a la arbitralidad de ciertas materias.**

Entre los avances que se han alcanzado a través de reformas legislativas recientes, y de la celebración de tratados internacionales, el Estado mexicano ha cedido espacio a los particulares para la solución de sus propias controversias o incluso ha abierto la posibilidad de someter a árbitros controversias entre los particulares y el Estado.

Hay materias en las que los derechos de los particulares pueden ser disponibles libremente, mencionaré algunos de ellos.

### a) Algunos avances logrados en México durante los últimos años sobre asuntos que pueden someterse al arbitraje.

I. Arbitraje en materia de propiedad intelectual.- A diferencia de la materia mercantil, en la que cualquier controversia puede ser sometida al arbitraje, en materia de propiedad intelectual existen limitaciones en donde su conocimiento está reservado al conocimiento de la autoridad administrativa. Cuando se trata de las controversias que surgen entre los particulares y la autoridad, éstas deben ser sometidas a los tribunales del Estado ya que las resoluciones pueden afectar los derechos de terceros.

De ahí que en este tema sea necesario un análisis escrupuloso para saber en qué puntos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje.

En materia de propiedad intelectual, se han expedido nuevas leyes en los últimos años. La Ley de Propiedad Industrial se publicó en el Diario Oficial el 27 de junio de 1991 y la Ley Federal del Derecho de Autor se publicó el 24 de diciembre de 1994. En dichas leyes se permite por primera vez en forma expresa el sometimiento en ciertas materias al arbitraje, como lo veremos a continuación.

## Propiedad Industrial

Según la Ley de Propiedad Industrial vigente las controversias de propiedad industrial que sólo afecten intereses de particulares, podrán someterse al procedimiento de arbitraje<sup>9</sup>. Aún cuando la Ley de Propiedad Industrial no establece con claridad si se trata del arbitraje privado o público, en mi opinión, debemos de entender que se refiere al arbitraje privado, ya que existen otras materias en las que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial se reserva actuar como árbitro.

Los casos en los que sólo se afectan intereses particulares son aquellos en los que únicamente los derechos de las partes están en juego y que de su litigio no se derivan efectos a terceros que no participan en el procedimiento.

Como un ejemplo de lo anterior, podemos mencionar las disputas sobre las regalías de la licencia de una marca, en las que cualquier resolución de un árbitro únicamente afectará a los derechos de las partes en el procedimiento.

Por otra parte, los procedimientos administrativos a que se refiere la Ley de la Propiedad Industrial, tales como la infracción a una patente o una marca, son procedimientos que podrán ser sometidos al arbitraje, cuando las partes designen al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para que actúe como árbitro<sup>10</sup>. Sin embargo en aquellos procedimientos en los que un particular ataca una decisión del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, éste no podrá actuar como árbitro, ya que evidentemente no podría ser juez y parte en un asunto en el que el propio Instituto tenga un interés en el resultado de la controversia.

En el caso de que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial actuara como árbitro y si la decisión únicamente afecta a los derechos de los particulares, esa controversia debe solucionarse conforme a lo que hayan pactado las partes que se sometieron al arbitraje, sin que el laudo pueda impugnarse mediante el juicio de amparo, ya que la decisión que emita el IMPI no se podrá considerar un acto de autoridad, por que el sometimiento al arbitraje fue un acto voluntario de las partes.

Sobre este particular, los tribunales colegiados han emitido tesis contradictorias en materia de protección al consumidor en donde se presenta una problemática idéntica ya que la Procuraduría Federal del Consumidor actúa como árbitro por decisión voluntaria de las partes<sup>11</sup>.

## Derechos de autor

Conforme a la Ley Federal del Derecho de Autor<sup>12</sup>, en caso de que surja alguna controversia en relación a los derechos protegidos por la Ley, las partes podrán someterse a un procedimiento de arbitraje, el cual estará regulado conforme a este ordenamiento, sus reglamentos y de manera supletoria, por el Código de Comercio. Se trata, como puede apreciarse, de una norma totalmente abierta ya que permite que cualquier controversia sobre los derechos protegidos sean sometidos a un procedimiento de arbitraje.

Aún cuando esta Ley no es tan precisa como la Ley de Propiedad Industrial, en mi opinión, deben aplicarse limitantes a los asuntos que pueden someterse a arbitraje, ya que por ejemplo, no pueden someterse a arbitraje los asuntos de infracción y la correspondiente imposición de una multa, debido a que la autoridad administrativa, en este caso el Instituto Nacional del Derecho de Autor, no puede delegar sus facultades en favor de terceros. Aún y cuando la ley no establece limitante alguna, me parece que las limitantes establecidas en la Ley de Propiedad Industrial y a las que me referí anteriormente se deberían de aplicar exclusivamente a esta materia.

## 2. La Ley Federal de Telecomunicaciones.

Conforme a esta Ley<sup>13</sup> que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en 1995, corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de su aplicación, sin perjuicio de que las partes puedan someter sus controversias al procedimiento arbitral en los términos de las disposiciones aplicables.

Como se puede observar aquí encontramos otra norma amplia, al no establecer ninguna restricción sobre el tipo de controversias que se podrán someter al arbitraje.

<sup>9</sup> Artículo 227 de la Ley de Propiedad Industrial

<sup>10</sup> Artículo 10 Fracción IX del Reglamento del IMPI y 14 Fracción I y IX del Estatuto Orgánico del IMPI

<sup>11</sup> Citar precedente judiciales

<sup>12</sup> Artículo 219 Ley Federal del Derecho de Autor

<sup>13</sup> Artículo 7 Ley Federal de Telecomunicaciones



Sin embargo, para deslindar el alcance de esta norma es conveniente establecer que tipo de controversias pueden ser sometidas al arbitraje en materia de telecomunicaciones.

Las controversias que en mi opinión pueden surgir son las siguientes:

Las controversias entre los usuarios de servicios de telecomunicaciones y los concesionarios o permisionarios correspondientes  
Las controversias entre concesionarios o permisionarios de servicios de telecomunicaciones.  
Las controversias entre los concesionarios o permisionarios de sistemas de telecomunicaciones y la propia autoridad.

Las controversias entre los usuarios de sistemas de telecomunicaciones con los concesionarios o permisionarios respectivos son controversias que sin ningún problema se pueden someter al arbitraje.

Pero también conviene aclarar, que si se trata de controversias de una cuantía importante, indiscutiblemente que el arbitraje podrá ser la forma adecuada para la solución de dichas controversias.

Sin embargo, para aquellas personas físicas usuarias de servicios básicos, como la telefonía, el arbitraje sería el medio adecuado para la solución de controversias, si se plantea en otro nivel que es el de la protección del consumidor.

En relación a las controversias que se susciten entre concesionarios o permisionarios entre sí, el arbitraje sin duda alguna es un método sumamente conveniente para resolver sus controversias, por ejemplo cuando se refiere a las tarifas de interconexión. Con esto se evitarán largos procedimientos que muchas veces benefician en exclusiva a las grandes empresas de telecomunicaciones que frecuentemente realizan prácticas monopólicas.

Finalmente, en relación a las controversias que se susciten entre los particulares y la autoridad, el tema es más complejo. Cuando se trate de controversias que afecten exclusivamente a los particulares y al Estado, en mi opinión dichas controversias se podrán someter al arbitraje.

Sin embargo, cuando se trate de controversias que puedan afectar a los terceros, como en la revocación de una concesión, o la nulidad de un permiso, etc. deben de quedar reservadas a los tribunales federales a efecto de que éstos garanticen el interés público que pudiera verse afectado por dichas resoluciones.

### **3. Ley de Adquisiciones y Ley de Obras Públicas.**

Conforme a la Ley de Adquisiciones, Procedimientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas<sup>14</sup>, solamente se podrán someter a arbitraje aquellas controversias que determine la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Economía. La Secretaría de la Contraloría no ha emitido las reglas de carácter general, motivo por el cual no vale la pena hacer comentarios sobre el arbitraje conforme a estas leyes, ya que por el momento hay una imposibilidad jurídica de llevar un arbitraje conforme a las mismas. Sin embargo, existe una iniciativa de reformas a la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados en la que se incorpora un capítulo de arbitraje a dicha ley. La iniciativa ha sido aprobada por la Cámara de Diputados.

Esta iniciativa establece<sup>15</sup> que las controversias derivadas o relacionadas de contratos regulados por la Ley podrán ser resueltas mediante arbitraje por árbitros que designen las partes. Las partes podrán incluir una cláusula de arbitraje en el contrato o someter sus diferencias al arbitraje con posterioridad.

El procedimiento se llevará a cabo conforme a las reglas que pacten las partes y en lo no previsto conforme a lo establecido en el Código de Comercio.

El laudo arbitral deberá de cumplirse dentro del término de 15 días naturales siguientes a su notificación. La Comisión Nacional de Contrataciones Gubernamentales deberá de llevar un registro de las personas que podrán fungir como árbitros en esas controversias. La iniciativa igualmente establece los requisitos que deberán cumplir para poder ser inscritos en dichas listas, para

<sup>14</sup> Artículo 15 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (Diario Oficial 4 de enero de 1999 y Artículo 15.

<sup>15</sup> Artículo 92 de la Iniciativa de reforma a la Ley de Obras y Servicios relacionados con las mismas.

cuyo efecto la Contraloría, por conducto de la Comisión Federal de Contrataciones Gubernamentales, solicitará a las cámaras, colegios y demás asociaciones, propuestas de personas que puedan fungir como árbitros especializados en esas materias. Posiblemente hubiera sido conveniente evitar el sistema de la lista de árbitros y haber dado libertad plena a las partes para que designaran a las personas que funjan en ese carácter y sin necesidad de consultar dichas listas. Quizá ese sea un paso posterior, por el momento la apertura ahí está planteada.

#### b) Otras áreas reservadas a la competencia exclusiva de los Tribunales Federales

Hay una serie de materias que están reservadas en forma expresa al Estado. Tan sólo mencionaré algunas de ellas para dar una idea de la apertura que se podría lograr en beneficio de la sociedad.

### **1. Derecho del Trabajo**

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>16</sup>, todas las controversias que se susciten entre los patrones y los trabajadores serán sometidas en forma exclusiva a las juntas locales o federales de conciliación y arbitraje, dependiendo de la industria de que se trate, que según la propia ley, puede tener una jurisdicción o la otra.

Si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece en forma categórica que este tipo de controversias no puedan ser sometidas al arbitraje, los Tribunales interpretaron dicho artículo en el sentido de que las Juntas de Conciliación y Arbitraje son las únicas competentes para decidir los conflictos que surjan entre el capital y el trabajo.<sup>17</sup>

Sin duda alguna el juzgador con una visión proteccionista y paternalista de los intereses de los trabajadores estableció estos principios, que podrían estar justificados para el caso de obreros o trabajadores que posiblemente no cuenten con los conocimientos y ni la sofisticación para someter sus diferencias al arbitraje, esto último no es el caso para las controversias que se susciten entre patrones y empleados de confianza, muy particularmente tratándose de los altos directivos de las empresas.

Aquí puede hacerse un deslinde en esta materia que además sería conveniente para los empleados de confianza y los patrones al someter sus diferencias a un arbitraje privado con las ventajas que tiene como son, la confidencialidad y la especialidad en la materia. Otro tipo de controversias que podrían ser arbitrables son aquellas que se dan entre los sindicatos y los patrones, aquí el peso es semejante, hay equilibrio por lo que el arbitraje sería un mecanismo para resolver de una forma rápida y eficiente sus controversias.

El sometimiento al arbitraje privado siempre requerirá del consentimiento expreso y por escrito de ambas partes y si nos asomamos al derecho comparado, vamos a encontrar que en la mayoría de los países desarrollados, las controversias laborales pueden someterse al arbitraje. En los Estados Unidos de América, un número importante de controversias de derecho laboral son resueltas en forma eficiente a través de dicho mecanismo.

### **2. Controversias en materia de competencia económica.**

Si aplicamos el principio general establecido por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en el sentido de que únicamente están reservados a los tribunales nacionales los asuntos establecidos en la Constitución, en dicho Código y los que señalen las leyes especiales, podemos concluir en principio, que podrían someterse al arbitraje todas las demás controversias.

En el caso de la Ley Federal de Competencia no se establece ninguna restricción para que las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de dicha Ley sean resueltas en exclusiva por los tribunales nacionales.

Por lo que podemos llegar a la conclusión de que las controversias derivadas de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica, pueden ser sometidas al arbitraje.

<sup>16</sup> Artículo 123 – fracción XX y XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>17</sup> Amparo directo 78/92. Mario Alfonso Guzmán Solorio. 8 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Secretaria: Esperanza Guadalupe Farías Flores. Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 58, pág. 22, tesis por contradicción 4ª./J.21/92.

Sin embargo, de nuevo aquí vale hacer un deslinde que permita determinar qué tipo de controversias se pueden someter al arbitraje en la materia. Con ese propósito es conveniente mencionar primero el tipo de controversias que pueden surgir con motivo de la aplicación de esta Ley:

Controversias que se den entre dos o más agentes económicos con motivo de la aplicación de la Ley.  
Controversias que se den entre uno o más agentes económicos y la Comisión Federal de Competencia.

Aún y cuando no hay una disposición expresa que permita que los asuntos en materia de competencia económica pueden ser sometidos al arbitraje; sin embargo, las controversias que se den entre particulares con motivo de la aplicación de la Ley, en mi opinión, pueden ser sometidos al arbitraje.

Por ejemplo, la disputa sobre la validez de una cláusula de no competir en un contrato de distribución podría ser sometida al conocimiento de un tribunal arbitral.

Igualmente, la cuantificación de los daños y perjuicios causados por una empresa a otra por la realización de una práctica monopólica también podría ser susceptible de someterse al arbitraje.

Sin embargo, el problema es mucho más complejo para el caso de determinar si las controversias entre dos o más agentes económicos y la propia Comisión Federal de Competencia podrían ser sometidas al arbitraje.

En mi opinión los actos de autoridad que ejerce la Comisión en los términos establecidos en la Ley, por la forma en que está redactada, no podrían ser sometidos al arbitraje, aún cuando no existe prohibición. Posiblemente sería conveniente una reforma legislativa para permitir expresamente lo anterior, ya que la Comisión Federal de Competencia podría evitar por esta vía largos procesos ante los tribunales que muchas veces, a través de la interposición de un número ilimitado de amparos, no logra resolver las controversias en forma eficiente e incluso, en caso de manera definitiva.

El que la autoridad pudiera someter sus controversias al arbitraje le daría la posibilidad de que mediante un procedimiento relativamente rápido se obtuviera una resolución que de acuerdo a la experiencia, sería menos difícil que fuera cumplida por las partes, incluso por los agentes económicos que pudieran ser condenados por la realización de una práctica monopólica.

Sin duda alguna, uno de los grandes problemas actuales del sistema de competencia económica es la poca eficacia para lograr la aplicación de la Ley de la materia, a lo que podría ayudar el arbitraje.

Si nos asomamos al derecho comparado, podemos observar que en los Estados Unidos de América desde 1985 con el caso de *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc.*<sup>18</sup>, la jurisprudencia estableció por primera vez que los asuntos de competencia económica que afectan a los contratos internacionales pueden ser sometidos al arbitraje privado internacional. La misma tendencia se ha seguido en los tribunales europeos, en los que cada vez un mayor número de disputas en materia de competencia económica pueden ser sometidos al arbitraje privado.

La importancia de este tema ha provocado que en la reunión de la International Bar Association que se llevará a cabo en San Francisco en el mes de septiembre del 2003, el tema del arbitraje en materia de competencia económica será uno de los principales tópicos a ser discutido. Igualmente la Cámara Internacional de Comercio ha establecido un comité especial integrado por juristas de varios países para estudiar los problemas del arbitraje en estos asuntos y fijar lineamientos que los árbitros puedan seguir en esta materia.

### **3. Arbitraje en materia fiscal**

Las controversias en materia fiscal entre contribuyentes y el fisco federal son actualmente sometidas en exclusiva a la decisión del tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa y a los tribunales federales. Muchas de estas controversias son resueltas por los tribunales con base a cuestiones de procedimiento tales como la personalidad de los promoventes en el caso de los contribuyentes, así como en faltas de forma por parte de la autoridad hacendaria en la realización de las auditorías correspondientes.

---

<sup>18</sup> 473 U.S. 614 (1985)

Un porcentaje muy pequeño de controversias resuelven verdaderas cuestiones de fondo, tales como si el particular en realidad tiene que pagar un impuesto determinado.

La gran ventaja de que tanto fisco federal como los particulares pudieran someter ciertas controversias al arbitraje privado, contribuiría a que las resoluciones se obtuvieran en forma rápida sobre el fondo de las disputas, con lo cual los particulares obtendrían la certeza jurídica de las decisiones correspondientes y por su parte, el fisco podría igualmente cobrar en forma eficiente y rápida los impuestos en aquellos casos en que, los mismos tengan que cubrirse.

En el derecho comparado, vemos que cada vez un mayor número de países encuentran un sistema eficiente que garantice la seguridad jurídica a los contribuyentes, y, por otra parte, dote al gobierno de un medio eficaz para el cobro de impuestos.

Se trata de un mecanismo que podrá ser usado sólo cuando ambas partes acuerden que esta es la mejor forma de solución para su controversia. El fisco sólo someterá al arbitraje las controversias cuando se trate de contribuyentes cumplidos, con los que hay una diferencia de opinión en la interpretación de la Ley para el pago de ciertos impuestos, y no aquellos casos en los que contribuyentes morosos o de mala fe pretenden evadir sus responsabilidades fiscales.

Como se podrá desprender de los ejemplos anteriores, éstas son tan solo ciertas áreas dentro del sistema jurídico en que puede encontrarse una dilución del orden público a cargo del Estado; es decir, un retiro de la jurisdicción estatal tradicional.

El propósito de este discurso consiste en poner en la palestra una serie de reflexiones que pueden ilustrar cómo la jurisdicción del Estado y por tanto, el concepto de orden público, han ido cambiando y cómo las controversias que tendrían que ser resueltas exclusivamente por los tribunales estatales se han ido reduciendo a favor de su arbitrabilidad.

Esperamos que cada vez un número más importante de materias puedan ser arbitrables y que menos materias sean reservadas a los tribunales nacionales por razones estrictamente de orden público. Esta evolución se podrá lograr no sólo a través de las reformas legislativas correspondientes, si no también mediante la interpretación que lleven a cabo nuestros tribunales haciéndose eco de las decisiones que han emitido o que emitan otros tribunales sobre esta materia, tal como ha sucedido en muchos tribunales del extranjero.

Sería de un gran beneficio para los tribunales mexicanos, el delegar un número importante de asuntos a favor de los particulares y de esta manera reservarse el tiempo necesario para resolver en forma eficiente el creciente número de asuntos que les son encomendados.

Deseo concluir afirmando que hoy en día, la iniciativa de la sociedad civil, especialmente de los abogados, con el concurso del Estado, puede abrir vías ciertas en el sentido de diluir lo que hasta ahora ha sido el poder del Estado expresado en su jurisdicción y otorgársele ese espacio a los particulares, para la defensa y solución de sus derechos de forma más eficiente, rápida y especializada.

Hago votos porque esta tesis pueda suscitar reflexiones que fortalezcan a la institución del arbitraje en México.

Finalmente deseo agradecer al Sr. Lic. José Luis Siqueiros, distinguido miembro de esta Academia y reconocido jurista y pionero del Arbitraje Comercial en México, responder a mi discurso de ingreso.

Muchas gracias

## EL ORDEN PUBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES\*

Por: Dr. José Luis Siqueiros\*\*

**Sumario.-** Este trabajo se circunscribe a la Resolución adoptada por la International Law Association en su Septuagésima Conferencia verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, en la cual se aprobaron un serie de Recomendaciones elaboradas por su Comité de Arbitraje Comercial Internacional, tendentes a establecer Bases Generales, Principios Fundamentales, Reglas Generales sobre el Concepto de Orden Público y de lo que constituyen en este contexto las Obligaciones Internacionales. No obstante que dichas Recomendaciones no son de carácter vinculante para los tribunales de los Estados, se exhorta su atención a las mismas con el fin de facilitar la consistencia y predicción en lo concerniente a la interpretación y aplicación de este concepto.

### I. Introducción.

La International Law Association (ILA) fue fundada en Londres en 1873 y es una de las instituciones jurídicas más antiguas y de mayor prestigio en el mundo. Su objetivo inicial fue y sigue siendo la promoción y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En la actualidad tiene constituídas Ramas en sesenta países y veinticinco Comités especializados en distintas áreas de esta disciplina. Uno de los más activos y eficientes es el Comité de Arbitraje Comercial Internacional.

El Profesor Pierre Mayer es el Presidente de dicho Comité y el Profesor Audley Sheppard su Relator (Rapporteur). Son también miembros del mismo el Dr. Nagla Nassar, el Dr. Bernardo Cremades y otros distinguidos juristas de Europa, Asia y América. El Comité se avocó al estudio del concepto de "orden público", de sí impreciso e intangible, desde la LXVII Conferencia de la ILA en Helsinki en 1996. Su estudio se concretó a determinar el significado de aquél referido a un campo específico: su aplicación como excepción o defensa para poder denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Sus esfuerzos continuaron en las reuniones celebradas en Taiwan (1998) en Londres (2000), París (2002), para finalmente materializar en la reciente (LXXX) Conferencia de la Asociación verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de Abril del año en curso.<sup>19</sup>

El Proyecto inicial gradualmente enriquecido por comentarios y adiciones de sus miembros durante esos seis años, cristalizó en el Documento aprobado en la Septuagésima Conferencia de la ILA, bajo el título de "*Recomendaciones de la International Law Association sobre la Aplicación del Orden Público como motivo para Denegar el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales*".

Las Recomendaciones de la ILA (así como los Informes de su Comité) no están referidas a los complejos problemas que la noción de orden público pueda suscitar en el curso del proceso de arbitraje, orientados a la declinación de competencia del tribunal arbitral. Solo están orientadas a las que se plantean con la posible alegación de dicha excepción (orden público) a la autoridad judicial ante la cual se pide el reconocimiento o ejecución del laudo.

Finalizada esta misión el Comité continúa sus estudios para precisar --y en su caso armonizar-- las doctrinas de "*res judicata*" y "*lis pendens*" bajo el prisma del derecho consuetudinario y del derecho de origen romano-germánico.

Las Recomendaciones están contenidas en cuatro capítulos: I. *Bases Generales* ((ocho recomendaciones); II. *Principios Fundamentales* (tres); III. *Reglas de Orden Público* (cuatro) y IV. *Obligaciones Internacionales* (una).<sup>20</sup>

\*\* Fundador y Promotor Vitalicio de la Academia.

<sup>19</sup>.- Las Conferencias Plenarias de la International Law Association son actualmente bi-anales. En sus 129 años de existencia la ILA ha celebrado setenta Conferencias, sin perjuicio de frecuentes reuniones de sus distintos Comités.



Considerando el incremento de litigios arbitrales de carácter comercial internacional que actualmente se advierte, incluyendo los múltiples casos que se plantean ante los tribunales judiciales para reconocer y ejecutar laudos pronunciados fuera de la República, o que deban considerarse "*internacionales*" porque la sede del arbitraje estuvo situada en nuestro país<sup>21</sup>, es obvio el interés que debe merecernos el análisis de estas dieciséis recomendaciones a los tribunales estatales, en las que se les exhorta a estudiarlas a fin de facilitar la consistencia y predicibilidad en todo lo concerniente a la interpretación y aplicación de este impreciso concepto.

Procederemos en seguida a analizar las Recomendaciones en cada uno de sus cuatro Capítulos.

## II. Bases generales.

1(a) *Debe respetarse el principio de finalidad (cosa juzgada) de los laudos dictados en el contexto del arbitraje comercial internacional, a menos que existan circunstancias excepcionales*".

En la Convención de Nueva York (1958)<sup>22</sup>, en la de Panamá (1975)<sup>23</sup>, en la de Riyadh (1983)<sup>24</sup> en la Ley Modelo (1985)<sup>25</sup> y en otros instrumentos que regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (y en ciertos casos la posibilidad de su anulación), existe una disposición que otorga facultad a la autoridad judicial competente del país donde tal reconocimiento o ejecución se pide, para denegarlos si dicha autoridad comprueba que en una u otra hipótesis, se violaría el orden público de ese país.

Aceptando que los precedentes jurisprudenciales a nivel nacional<sup>26</sup> y universal, no han sido unánimes en esta materia, puede afirmarse que la tendencia actual favorece la ejecución de la sentencia arbitral. La Corte Europea de Justicia en una sentencia reciente (1999)<sup>27</sup> decidió:

"... es en el interés de la eficiencia del procedimiento arbitral el que la impugnación de los laudos arbitrales se limite en su alcance y que su nulidad o la denegación para reconocerlos sólo sea posible en circunstancias excepcionales".

1(b) *"Dichas circunstancias excepcionales pueden considerarse que existen si el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral internacional fuera contrario al orden público internacional"*.

Como anteriormente se expresó la excepción o defensa del orden público está incluida en casi todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional<sup>28</sup> y también en la legislación interna que regula dicha materia.<sup>29</sup>

Han existido tentativas para definir lo que constituye "orden público". Sin embargo, dicha noción es imprecisa y su connotación puede cambiar en el transcurso del tiempo y en el espacio (país) donde se le conceptúe. Al discutirse en el seno de la CNUDMI (UNCITRAL) la redacción de los artículos 34 (2)(b)(ii)<sup>30</sup> y 36 (1)(b)(2)<sup>31</sup>, algunos de sus autores sugirieron que se excluyera la expresión "orden público" por ser demasiado vago y no constituir un motivo justificado. Al examinar dicho concepto, quedó entendido que el mismo no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo

<sup>20</sup>- Ver Resolución No. 2/2002 aprobada por la Septuagésima Conferencia de la ILA celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002; asimismo, el Informe Final del Comité del 10 de mayo de 2002.

<sup>21</sup>- Artículo 1415 del Código de Comercio.

<sup>22</sup>- Artículo V, 2(b).

<sup>23</sup>- Artículo 5, 2(b).

<sup>24</sup>- Article 37.

<sup>25</sup>- Artículo 36 (1) (b)(ii) .

<sup>26</sup>- Debe destacarse que las Recomendaciones de la ILA sólo se aplicarían a laudos internos que incluyen elementos extranjeros, es decir, cuando son de carácter internacional.

<sup>27</sup>- Eco Swiss China Ltd. vs Benetton International NV, Caso c-126/97.

<sup>28</sup>- Además de las convenciones citadas en el comentario a la Recomendación anterior, deben citarse la Convención de Bruselas (1968), la de Lugano (1988), el Reglamento del Consejo Económico Europeo (2001) y el Proyecto de (1999) de la Conferencia de La Haya sobre una Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materias Civil y Comercial. (Ver art. 28 (1)(f).)

<sup>29</sup>- Algunas legislaciones nacionales, especifican que la denegación debe operar si la ejecución (de la sentencia o del laudo) fuera *manifiestamente* incompatible con el orden público del Estado donde se invoca.

<sup>30</sup>- Petición de nulidad como único recurso en contra del laudo arbitral.

<sup>31</sup>- Motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo.

en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civil" están inspirados en el concepto francés de "*ordre public*", en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento<sup>32</sup>. Los propios redactores de la CNUDMI consideraron que era conveniente incluir el término "*orden público internacional*" para precisar que es más estrecho que el de orden público doméstico.

Por otra parte, en el Informe rendido por la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya se indica que en los trabajos de la misma sobre competencia internacional y efectos de las sentencias judiciales en materia civil y comercial (con las que existe analogía), no se consideró necesario incluir el calificativo de "*violación manifiesta*" del orden público.<sup>33</sup> El Comité de la CNUDMI fue del mismo parecer excluyéndolo de la Recomendación que se analiza.

*1(c) La expresión "orden público internacional" se usa en estas Recomendaciones para indicar el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su propia naturaleza pueden impedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento y ejecución de dicho laudo entrañe su violación, sea por razón del procedimiento según el cual fue dictado (orden público internacional procedimental), sea por razón de su contenido (orden público internacional sustantivo).*

El sistema de principios y reglas que integra el orden público internacional, debe ser aquél que corresponda al Estado donde se solicita la ejecución. Se ha sugerido que también podían considerarse: el "*orden público*" correspondiente al Estado donde se pronunció el laudo, el de la ley aplicable a la cuestión en litigio o el del lugar de cumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, la opinión prevaleciente favorece a la primeramente expuesta.

Dicho enfoque es el que adoptan las Convenciones de Nueva York, de Ginebra, de Panamá, de Riyadh y la Ley Modelo, que específicamente se refieren al orden público *de ese Estado*, ya que no existe un standard universal de tal concepto, mismo que, como antes se anotó, puede variar de una nación a otra. Expresado lo anterior, la ILA recomienda que paulatinamente y a la luz de estas Recomendaciones el concepto se irá haciendo más consistente y generalizado en su significado; no obstante, en tanto se logre tal armonización futura, debe por ahora adoptarse el criterio tradicional que han adoptado los Estados donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo.

*1(d) El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como "lois de police" o "reglas de orden público"; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales.*

De la anterior Recomendación se desprende que el orden público internacional puede segregarse en tres categorías:

- i) principios fundamentales;
- ii) "*lois de police*"; y
- iii) obligaciones internacionales.

*1(e) Un ejemplo de los principios sustantivos fundamentales es la prohibición contra el ejercicio abusivo de derechos. Un ejemplo de los principios procedimentales fundamentales es el requisito de que los tribunales sean imparciales. Otro ejemplo de las reglas de orden público son las leyes anti-monopolio. Un ejemplo más concerniente a obligaciones internacionales lo constituiría una resolución de las Naciones Unidas que impusiera sanciones. Algunas reglas, tales como aquellas que prohíben la corrupción, pueden encuadrarse en más de una sola categoría.*

Además del ejemplo propuesto de los principios *sustantivos* fundamentales, podemos mencionar otros como el de *pacta sunt servanda*, el principio de buena fe, la prohibición de expropiar sin pago de indemnización. Asimismo la prohibición de crímenes de lesa humanidad (*contra bonos mores*), incluyendo el terrorismo, la piratería, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, tráfico de drogas, etc.

<sup>32</sup>- Véase "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional." Labor realizada en el 18º Período de Sesiones". (Junio de 1985), páginas 62 y 68.

<sup>33</sup>- Informe redactado por la Prof. Catherine Kessedjian, para. 32, nota al pie 26.

Un ejemplo adicional al propuesto como principios *procedimentales* fundamentales, sería el que el laudo se hubiese otorgado por fraude o corrupción, la falta de notificación de la demanda a la parte demandada y otros más que atañen a las garantías mínimas en la legal conducción del procedimiento.

1(f) *El hecho de que la sede de un arbitraje esté situado dentro del territorio del foro o en el extranjero, no es una razón que deba ser tomada en cuenta por el tribunal que esté examinando la conformidad del laudo con el orden público internacional.*

La Recomendación destaca que el orden público internacional no debe ser diferente si la sede del arbitraje está situada dentro del territorio del Estado donde se pide la homologación o en el extranjero; el *test* debe ser igual en uno u otro caso.

1(g) *Si el tribunal deniega el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, no deberá limitarse a invocar o hacer referencia al Artículo v.2 (b) de la Convención de Nueva York de 1958, o a su propia legislación o precedentes judiciales. Detallar el método de su análisis razonado y las bases para rehusar el reconocimiento y ejecución, ayudará a promover una práctica más coherente y el desarrollo de un consenso sobre los principios y reglas que deben regir el orden público internacional.*

La ILA recomienda que los tribunales locales que resuelven sobre la posible ejecución del laudo arbitral, sustentan en sus motivaciones las razones que determinan su decisión; es decir, que analicen los criterios que en otras jurisdicciones se han adoptado en situaciones análogas. A través de este cotejo comparativo se logrará que gradualmente se establezca un consenso internacional sobre las reglas y principios que en forma coherente configuren el concepto en cuestión.

1(h) *Si una parte del laudo que es violatorio del orden público internacional puede separarse de la otra parte del mismo laudo que no lo es, esta parte (que no viola el orden público internacional) podrá ser reconocida o ejecutada.*

Inspirados los autores de la Comisión de la ILA por el principio del *depeçage* que es una fórmula en favor de reconocer la sentencia arbitral en forma parcial (separando las que *no* se refieren a controversias imprevistas en el acuerdo arbitral o que se exceden del mismo) y permitiendo su ejecución separada,<sup>34</sup> se propone adoptarla en lo concerniente a no violación del orden público internacional en una parte del laudo, que es separable de la porción que si es ofensiva.

### III. Principios Fundamentales.

2(a) *Al verificar el tribunal la conformidad del laudo arbitral con los principios fundamentales, sean procedimentales o sustantivos, deberá hacerlo refiriéndose a aquellos principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico y no en el contexto de la ley que rige el contrato, de la ley del lugar de cumplimiento de aquél, o de la ley vigente en la sede del arbitraje.*

Como se indicó anteriormente<sup>35</sup> la autoridad judicial del Estado requerido para reconocer y ejecutar el laudo extranjero, deberá aplicar los principios de orden público internacional tal y como este concepto se concibe en tal Estado. En tal virtud debe ignorar aquellos principios que se estiman como fundamentales en el contexto de la ley que regula el contrato, o de la ley aplicable en el lugar de su cumplimiento; tampoco debe considerar la ley vigente en la sede del arbitraje. Estas tres alternativas estuvieron disponibles para el tribunal arbitral que dictó el laudo, pero no son asequibles para el juez que analiza su ejecución.

2(b) *Sin embargo, a efecto de determinar cuando un principio que forme parte de un sistema jurídico deba ser considerado suficientemente fundamental para justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo, el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto al principio en cuestión (las convenciones internacionales pueden constatar la existencia de dicho consenso). Cuando se determinase la existencia de dicho consenso, el término "orden público transnacional" puede ser utilizado para describirlo.*

Sin perjuicio del principio fundamental descrito en la Recomendación 2(a), la ILA reconoce la conveniencia de que la autoridad judicial que examina el laudo observe si las materias que resuelve no violan un principio fundamental de la comunidad internacional. Es decir, la posible existencia de un criterio que forma parte de un "*consenso*" a nivel universal que se haya reflejado en convenciones multilaterales, como pudieran ser aquellas referidas a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. De ahí que algunos comentaristas aludan a un "*orden público transnacional*" que capta principios de justicia

<sup>34</sup>.- Arts. 34 (2)(a)(iii) y Art. 36 (1)(a)(iii) de la Ley Modelo y Arts. 1457 y 1462 (incisos semejantes) del Código de Comercio.

<sup>35</sup>.- Ver comentarios a las Recomendaciones 1(b) y 1(c).

universal, el *jus cogens* del derecho internacional público, los principios éticos y morales prevaletentes en las "naciones civilizadas".

Esta corriente, sin embargo, no ha tenido hasta ahora, suficiente apoyo en las cortes judiciales.

2(c) *Cuando una de las partes pudiera haberse opuesto al pronunciamiento de un laudo con base en un principio fundamental pero no lo hubiese hecho, no tendrá derecho a invocarlo después como un motivo para que se rehuse el reconocimiento y ejecución del laudo ya dictado.*

Esta Recomendación no nos parece muy convincente; pretende desechar cualquier defensa fundada en principios fundamentales de orden público, cuando tal excepción no se hizo valer previamente ante el tribunal arbitral. No se puede castigar a una parte que por alguna razón desconocía los hechos que constituyen la violación de un principio fundamental, y no haya externado los mismos con anterioridad al pronunciamiento del laudo.

Puede darse también el caso que el principio fundamental (supuestamente infringido) sólo se aplica en el país donde se pide la ejecución, por no ser de carácter universal.

#### **IV. Reglas de orden publico.**

3(a) *La violación por un laudo de una mera "norma imperativa" (i.e. una norma que es imperativa, pero que no forma parte del orden público internacional de un Estado, en la medida de que no sea obligatoria su aplicación al caso concreto), no deberá constituir un obstáculo para el reconocimiento y ejecución del laudo, aún cuando tal norma sea parte integrante de: la ley del foro, del derecho que rige el contrato, del derecho vigente en el sitio de cumplimiento del contrato o del derecho que rija en la sede del arbitraje.*

Por "norma imperativa" debe entenderse una regla de carácter prohibitivo o mandatorio que no puede ignorarse en el acuerdo de las partes.<sup>36</sup> Algunos comentaristas afirman que sólo aquellas normas que constituyen "normas de aplicación inmediata" deben tomarse en cuenta. En cualquier caso, cuando el laudo ordena a una de las partes que realice un acto que está prohibido por la ley local (la del foro que analiza su ejecución), el juez no debería concederla.

3(b) *Un tribunal sólo podrá rehusar el reconocimiento o ejecución de un laudo que produzca efectos prohibidos por una regla de orden público de su propio sistema jurídico, cuando:*

*(i) el ámbito de dicha regla interna tenga el propósito de abarcar la hipótesis en cuestión; y (ii) que el reconocimiento o ejecución del laudo pudieran quebrantar en forma manifiesta los intereses esenciales de carácter político, social o económico protegidos por la norma interna de orden público.*

Esta Recomendación destaca en su primer inciso que la regla de orden público (que forma parte del sistema legal del órgano judicial), incluye la hipótesis que se analiza; además, en el segundo inciso, que el reconocimiento y ejecución del laudo quebrantaría *en forma manifiesta* los intereses esenciales protegidos por dicha regla.<sup>37</sup>

3(c) *Cuando la violación del orden público del foro se alegue por una de las partes y tal violación no pueda establecerse de una simple revisión del laudo y sólo pueda determinarse a través de un escrutinio de los antecedentes fácticos del caso, el tribunal podrá llevar a cabo un nuevo examen de los hechos.*

Lo anterior debe interpretarse en el sentido de que si de la mera revisión del laudo en escrutinio, no se desprenda claramente la alegada contravención al orden público del foro, el juez podrá examinar los antecedentes o hechos que propiciaron el litigio y así esclarecer su duda.

<sup>36</sup>.- Por ejemplo, el artículo 3.19 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que forma parte del Capítulo Validez de los Contratos y que dispone que las disposiciones del mismo son imperativas, salvo cuando se refieran a la fuerza vinculante del mismo acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

<sup>37</sup>.- El Comité Redactor de la ILA consideró que el derecho comunitario en materia de competencia que rige a los países de la Unión Europea, forma parte del orden público internacional de todos sus miembros.

3(d) Cuando la regla de orden público del foro hubiera entrado en vigencia después del pronunciamiento del laudo y dicha regla prohíba la solución adoptada por aquél, el tribunal sólo podrá denegar el reconocimiento o ejecución del laudo si es evidente que el legislador pretendió que la citada regla tuviese efectos retroactivos sobre sentencias arbitrales dictadas con anterioridad a su promulgación.

El espíritu de esta Recomendación es negar efectos retroactivos a la nueva norma de orden público, a menos que el legislador, en forma evidente o en disposición transitoria, haya pretendido que así fuera.

## V. Obligaciones internacionales.

*Un tribunal podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando uno u otra pudieran constituir una infracción manifiesta por parte del Estado del foro, a sus obligaciones frente a otros Estados u organizaciones internacionales.*

Puede decirse que ya es axiomático el que un Estado y sus tribunales deben acatar las obligaciones que aquél contrae con otros Estados miembros de la comunidad internacional. Muchas de dichas obligaciones sobretodo aquellas que emanan de tratados, prevalecen sobre el derecho interno.<sup>38</sup> Dicho criterio puede hacerse extensivo a las obligaciones asumidas por el Estado frente a organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.<sup>39</sup>

La Resolución adoptada por la ILA en Nueva Delhi concluye con un exhorto a los tribunales judiciales de los Estados recomendando un criterio tendente a la consistencia en la interpretación y aplicación del "orden público" cuando tal noción se pretenda utilizar como una defensa o motivo para negar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.<sup>40</sup>

## VI. La doctrina internacional.

Uno de los más distinguidos especialistas en arbitraje comercial internacional, el Prof Karl-Heinz Böckstiegel, durante el VIII Congreso del International Council for Commercial Arbitration celebrado en Nueva York en 1986<sup>41</sup>, subraya la conveniencia de distinguir entre "orden público", "arbitrabilidad" y "leyes imperativas".

La arbitrabilidad de una determinada materia, es decir, que el objeto de la controversia sea o no sea susceptible de ser sometida al proceso arbitral, está incorporada en algunas legislaciones en la misma fracción (II) que también incluye al orden público, como motivos para que el juez competente compruebe si el laudo extranjero debe ser reconocido o ejecutado (o en su caso anulado).<sup>42</sup>

Böckstiegel estima que las reglas de derecho que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público; ya que en ocasiones derivan de normas de derecho privado del Estado requerido. Es cierto, dice, que dichas normas son de carácter imperativo<sup>43</sup> y que no pueden ser derogadas por la autonomía de las partes. Las reglas de orden público son siempre imperativas, pero todas las reglas imperativas forman parte del orden público; la misma distinción es aplicable a la arbitrabilidad. El "*derecho público*", noción también muy similar al orden público, tampoco es un concepto sinónimo del segundo. Este último está referido a principios fundamentales.<sup>44</sup> En resumen, afirma el autor, tratándose de laudos arbitrales "extranjeros" ( a los que exclusivamente se refiere la Convención de Nueva York), el concepto de orden público debe interpretarse en forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales "locales". Sin embargo, la jurisprudencia señala excepciones a este criterio. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso *Scherk vs. Alberto-Culver Co*<sup>45</sup> estableció que las controversias que surgieran de operaciones bursátiles no son arbitrables si el contrato es doméstico, pero sí lo son, cuando el contrato es internacional.

<sup>38</sup>- En el caso de México, ver art. 133 de su Constitución Política y especialmente la reciente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por el *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Tesis aislada LXXVII/1999* adoptada por el Tribunal Pleno (con unanimidad), que considera la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal y local y sólo debajo de la ley fundamental.

<sup>39</sup>- Ver Capítulo V, art. 25 de la Carta de la ONU que dispone que los miembros de la Organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta.

<sup>40</sup>- Informe Final del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA. 20-IV-2002, pp. 15.

<sup>41</sup>- "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", Kluwer, ICCA Congress Series. No. 3. pp. 177-204.

<sup>42</sup>- Ver Código de Comercio de México, Artículo 1457, fracc. II y Artículo 1462, fracc. II. Las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como la Ley Modelo las separan en incisos (a) y (b) de la misma fracc. II.

<sup>43</sup>- "Mandatory rules".

<sup>44</sup>- *Ibid*, pp. 183, 184.

<sup>45</sup>- 417 US Supreme Court, 56 (1974).



Por su parte el Juez H. Holtzmann<sup>46</sup> afirma que es estimulante ver que la defensa del orden público para desconocer o anular laudos arbitrales tiene cada vez menos éxito, principalmente cuando se invoca en contra de casos internacionales. El decano de los especialistas en arbitraje comercial internacional, Pieter Sanders<sup>47</sup> también coincide en que la noción de "orden público internacional" debe ser más restrictiva que la referida al "orden público interno".

Stephen M. Schwebel, anterior Juez de la Corte Internacional de Justicia, nos narra un caso resuelto por la Suprema Corte de Austria<sup>48</sup> que revocó una resolución dictada por un tribunal arbitral constituido según el Reglamento de la CCI y que había aplicado la *lex mercatoria* internacional concediendo daños en favor de una de las partes, en vez de aplicar las reglas locales de conflicto de leyes como lo establecía el propio Reglamento de la CCI. La Suprema Corte estimó que los árbitros se habían excedido en su mandato y violado el orden público internacional.

Pierre Lalive, otra autoridad académica en esta materia, hace incapié en que el concepto de orden público puede tener dos tipos de aplicación. En un primer caso la parte que lo invoca, o el juez *ex-officio*, pueden utilizar dicha noción con el objetivo de hacer prevalecer aquellas normas del foro (*lex fori*) que son imperativas y que no fueron consideradas prevalentes por los árbitros que decidieron la controversia. En la segunda hipótesis la parte que la invoca o el juez, también *ex-officio*, utiliza el concepto como defensa o excepción con el fin de rehusar la aplicación del derecho extranjero, para privar de validez el laudo dictado conforme a la "*lex arbitrii*". Estas dos alternativas las ha considerado, aunque no en forma consistente, la Suprema Corte de los Estados Unidos en los litigios *Zapata*<sup>49</sup> *Scherk*<sup>50</sup> y *Mitsubishi*<sup>51</sup>. En el primero de los casos resolvió que la tendencia restrictiva del derecho estadounidense en relación a la selección de foro no podría prevalecer ante los requerimientos del comercio internacional. En el segundo, el máximo tribunal aceptó la validez de la cláusula compromisoria sin atender las restricciones impuestas por la *Security Exchange Act* en materia de arbitrabilidad. El caso *Mitsubishi* resuelve que en el área de anti-monopolios la no-arbitrabilidad de la materia no abarca situaciones de carácter internacional.

La Convención de Roma regulando las obligaciones contractuales (1980) en su Art. VII es un reciente ejemplo de la aplicación positiva de disposiciones legales extranjeras internacionalmente imperativas. El Código federal suizo de derecho internacional privado<sup>52</sup> acoge la misma jerarquía. Lalive concluye afirmando que gradualmente los jueces nacionales no han vacilado en otorgar prevalencia a una noción más amplia, más internacional y tal vez supranacional, del orden público. Tal tendencia se ha ido forjando en los intereses vitales, no sólo de la comunidad local sino en una más general, regional o universal de la comunidad global.<sup>53</sup>

Los profesores El-Kosheri<sup>54</sup>, Griguera Naón<sup>55</sup>, F.S. Nariman<sup>56</sup> y K. L. Razumov<sup>57</sup> coinciden en que, con diferentes matices, en cada uno de sus países el concepto de orden público está regulado por los principios ya expuestos por los citados especialistas y que la jurisprudencia nacional se orienta a restringir el ámbito de dicho concepto.

## VII. Derecho mexicano y jurisprudencia.

Además de las convenciones internacionales de las que México es Estado Parte<sup>58</sup> en las cuales se precisa que el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales podrá denegarse en caso de que la autoridad competente del Estado donde se pide tal *exequatur*,

<sup>46</sup>- 60 Year On, A Look at the Future 364 (1984).

<sup>47</sup>- Ibid.

<sup>48</sup>- *Norsolor S.A. vs Pabalk Ticaret Ltd.*- Yearbook Vol. IX (1984), p. 159.

<sup>49</sup>- 47, US Supreme Court 1, p. 1907 (1972).

<sup>50</sup>- 417, US Supreme Court, 506, 94 S.Ct. 2449(1974).

<sup>51</sup>- 105, US Supreme Court p. 3346 (1985).

<sup>52</sup>- Artículo 18 del Código.

<sup>53</sup>- *Ibid* p. 286.

<sup>54</sup>- Egipto.

<sup>55</sup>- Argentina.

<sup>56</sup>- India.

<sup>57</sup>- Rusia.

<sup>58</sup>- Convención de Nueva York (Naciones Unidas, 1958; art. V. 2(b); Convención Interamericana de Panamá (1975) art. V, 2(b); Convención Interamericana de Montevideo (1979) art. 2(h). Además de estas convenciones multilaterales México tiene celebrado un Convenio bilateral con el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil. En sus artículos 10 y 11(i) se establece que no se concederá la homologación cuando unas y otros sean contrarios al orden público del Estado requerido.

compruebe que tales laudos (o sentencias judiciales) son contrarios al orden público del mismo Estado,<sup>59</sup> el derecho mexicano ha incorporado tal hipótesis en su legislación positiva, tanto mercantil como civil.

a) Código de Comercio.

En el caso de sentencias y resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, el artículo 1347-A establece que las mismas podrán tener en la República fuerza de ejecución, si cumplen, entre otras, con la siguiente condición: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México".

El mismo ordenamiento en su artículo 1462 II, precisa que se podrá negar la homologación, cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado el laudo, cuando el juez compruebe que según la legislación mexicana ". . . . . el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público".<sup>60</sup>

b) Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

En el Libro Cuarto, Título Único, Capítulo VI, de este ordenamiento procesal a nivel federal, se dispone en el artículo 571 que las sentencias, laudos arbitrales privados no comerciales y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las condiciones que fija el mismo precepto en diversas fracciones, en la que se incluye la VII que expresamente dice: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contrario al orden público en México".

c) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF).

En el Capítulo VI del Título Séptimo, de este Código, localizamos el artículo 606 que dispone que las sentencias, laudos y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución en la citada jurisdicción, si se cumplen con las condiciones fijadas en sus distintas fracciones. Sin embargo, la fracción VII (siguiendo la terminología del CFPC) establece que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no debe ser contraria al orden público en México.

En otro dispositivo (Art. 605), al referirse a los efectos que pueden producir en el Distrito Federal las sentencias o laudos extranjeros, se establece que aquellos (los efectos) estarán regidos por el Código Civil, por el propio CPCDF, por el CFPC y demás leyes aplicables.

d) Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).

Este ordenamiento que rige en sus disposiciones en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en asuntos del orden federal (que es el caso en estudio), establece en su artículo 15, fracción II, que no se aplicará el derecho extranjero "....cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".<sup>61</sup>

Por otra parte, el citado Código, al legislar sobre el objeto y motivo de los contratos, dispone que el fin determinante de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.<sup>62</sup>

e) Jurisprudencia.

Es desconcertante que en una materia que es tan importante como lo que se analiza, la jurisprudencia mexicana sea tan escasa. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia y algunos de los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Civil han sustentado tesis aisladas o ejecutorias en esta temática, también lo es que la mayor parte de ellas está referida a juicios de garantías promovidos para que la autoridad judicial federal ampare al quejoso cuando presuntamente se han conculcado garantías individuales en su perjuicio.

<sup>59</sup>- En la Convención de Montevideo se dispone "que no contraríen *manifiestamente* los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución".

<sup>60</sup>- Idéntica disposición se encuentra en el artículo 1457, II, como motivo para que los laudos arbitrales puedan ser anulados por el juez competente.

<sup>61</sup>- La sentencia o el laudo extranjeros pueden ser el resultado de la aplicación de un derecho externo.

<sup>62</sup>- Artículo 1831, en el Título correspondiente a las fuentes de las obligaciones.

Se argumenta que el acto que se reclama de la autoridad responsable, i.e., el juez que homologa el laudo arbitral extranjero y concede su reconocimiento o ejecución, no advirtió que el tribunal arbitral se apartó ostensiblemente de los requisitos procesales de todo juicio; cabe decir, que por dicha violación a las normas esenciales del procedimiento no procede el *exequatur*. Generalmente se esgrimen como defensas, entre otras, la falta de un debido emplazamiento al juicio arbitral, que la parte contra la que se invoca el laudo extranjero no fue notificada del nombramiento del árbitro, que no pudo hacer valer sus medios de defensa o cualquier otra comprendida dentro de los cinco incisos de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio.<sup>63</sup>

Sin embargo, los Tribunales Colegiados de Circuito han considerado que tales violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento son materia de orden público o equivalentes a este último. En otras palabras, deniegan la homologación del laudo arbitral por razones diferentes al propio concepto de "orden público", noción independiente a las formalidades procesales y comprendida en la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio.<sup>64</sup>

Para ilustrar lo anterior transcribiremos dos de ellas:

"LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCION DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ARBITRO NO CUMPLIO LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTION ES DE ORDEN PUBLICO.

Aunque los Jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, si pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/77. Etna, S.A. 23 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos."

"ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCION LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.

..... El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se han respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrand Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez."

### VIII. Reflexiones Finales.

1.- No cabe duda que la Resolución 2/2002 adoptada por la International Law Association durante su LXX Conferencia Bial celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002 ha venido a despejar muchas dudas sobre lo que debe interpretarse como "orden público" en el contexto de esta noción como motivo o defensa para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales mercantiles de carácter internacional.

No obstante de que dicha Resolución sólo adopta Recomendaciones sobre la aplicación de dicho concepto y que las mismas están dirigidas a los tribunales de los Estados, exhortándolos a que las atiendan cuando confronten dicha defensa (el orden público) en casos de homologación de dichos laudos, su prestigiosa autoría deberá persuadir a los jueces a su seguimiento, facilitando así la consistencia en la aplicación de tan impreciso concepto.

2.- La mayor parte de los especialistas coinciden en la necesidad de acotar esta noción, limitando su ámbito a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, a los intereses esenciales del Estado requerido en materia política, social y

<sup>63</sup>.- Mismas que recogen las condiciones que fijan las Convenciones de Nueva York y Panamá dentro de sus Artículo V, fracción I, incisos a), b), c), d) y e).

<sup>64</sup>.- Misma que es igual a la fracción II inciso (b) de los Artículos V de las Convenciones de Nueva York y Panamá.

económica. Dichos principios e intereses esenciales no pueden ser violados por la sentencia arbitral, sea por el procedimiento según el cual la última fue dictada, sea por su contenido sustantivo.

3.- La legislación mexicana en materia civil y mercantil ha adoptado una pauta análoga.<sup>65</sup> Puede afirmarse que nuestros ordenamientos procesales, a nivel federal y local, están con los países vanguardistas en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales procedentes del exterior, cuando unas y otros han alcanzado fuerza ejecutoria.

Nuestra jurisprudencia, aún reducida a tesis aisladas, va orientada a una visión más liberal y más proclive a la cooperación internacional. El Senado de la República no formuló (aún cuando tenía el derecho a hacerlo) ninguna de las reservas permitidas por la Convención de Nueva York de 1958. En tal virtud para reconocer o ejecutar en México laudos arbitrales extranjeros, no se requiere que los mismos provengan de un Estado Parte del citado tratado o se condicionen a la reciprocidad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, tanto las leyes mexicanas como los precedentes judiciales a nivel federal, conservan la noción de orden público como motivo para denegar la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros cuando unas y otros sean contrarios al mismo. Dicha violación puede ser de carácter procesal o sustantivo. Hasta ahora no hemos encontrado ninguna tesis que utilice este concepto como excepción o defensa para aplicarlo al fondo del asunto resuelto en el exterior.

---

<sup>65</sup>.- Principalmente después de las reformas al Código de Comercio (en 1989 y 1993) y al Código Federal de Procedimientos Civiles en 1993. Asimismo al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de cooperación procesal internacional, en 1993.

## MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE

Por: Lic. Francisco González de Cossío\*

### I. Introducción y Ámbito de este estudio

Las medidas precautorias<sup>66</sup> son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.

Si bien las medidas precautorias son un instrumento útil y frecuentemente utilizado por tribunales, con frecuencia se observa en la práctica que su conveniencia, procedibilidad o lo apropiado de la medida escogida es cuestionable. Lo anterior ya sea por su abuso o por la falta de pericia del tribunal o de los abogados que las solicitan. Ello se traduce en diversos problemas como, por ejemplo, la solicitud de medidas improcedentes, su falta de solicitud en casos en que se justifican, su negación por tribunales en situaciones que las invitaban, la emisión de medidas que no se justificaban por las circunstancias, y/o la emisión de medidas exageradas.<sup>67</sup> Es decir, en resumidas cuentas, con frecuencia las medidas precautorias son mal empleadas.

La problemática anterior tiene como origen, en buena medida, la conjugación de cuatro factores: (1) la novedad en México del arbitraje; (2) la falta de una reglamentación enteramente satisfactoria; (3) la complejidad del tema; y (4) la inexistencia de una guía práctica que facilite consultar y entender la vasta experiencia internacional y extranjera que facilite su emulación en México.

Este estudio busca elaborar un bosquejo que facilite a los abogados postulantes, tribunales arbitrales y jueces estatales, la comprensión, utilización y ejecución de medidas precautorias siguiendo para ello el método del derecho comparado.

Para lo anterior procederé a realizar un comentario sobre la teoría de las medidas precautorias (§II), una mención sobre las medidas que son habitualmente utilizadas en el derecho y práctica internacional (§III) y extranjera (§IV), un estudio sobre derecho mexicano (§V), para terminar con las lecciones y conclusiones que de todo lo anterior se desprenden (§VI).

### II. Teoría de las medidas precautorias

#### a). General

Las medidas precautorias *pendente lite* encuentran su *raison d'être* en la urgencia. En caso de que derechos y/o bienes que formen parte del objeto/materia de la controversia se estén deteriorando de tal manera que se causará un daño irreparable a los mismos antes de la emisión de la decisión final, puede la parte en perjuicio de quien está transcurriendo el tiempo justificadamente considerar solicitarlas.<sup>68</sup> De otra manera, bien podría esperarse a la emisión del laudo final para resguardar sus derechos.

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

<sup>66</sup> Por razones de simplicidad y uniformidad por "medidas precautorias" pretendo abarcar las diferentes especies de las mismas así como las diferentes denominaciones con las que se aluden; v.gr., medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias precautorias y medidas interinas. Existen autores que al examinarlas diferencian entre, por un lado, las medidas *interinas* o *provisionales*, de, por el otro, las medidas *protectoras*, *precautorias* o *conservadoras*. Las primeras hacen alusión a la *naturaleza* de las mismas y no vinculan al árbitro o juez ventilando el asunto; mientras que las segundas se refieren al *propósito* de las mismas: resguardar derechos de las partes, mantener el *status quo* y obtener/conservar pruebas.

<sup>67</sup> Ya sea porque se sobre-prohíbe, se sobre-exige, o, en general, la medida no está lógicamente relacionada/justificada con las circunstancias del caso y objetivos que se pretenden alcanzar.

<sup>68</sup> Así lo han estimado diversos tribunales internacionales. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), 1993 I.C.J. 3, 19 (Provisional Measures Order of 8 April); *Nuclear Test Case* (Australia v. France), 1973 I.C.J. 106; *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom v. Iceland), 1972 I.C.J. 12, 16; *Anglo-Iranian Oil Case* (United Kingdom v. Iran), 1951 I.C.J. 8, 93.) y el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. (*United Technologies International, Inc. and Islamic Republic of Iran*, Decision No. DEC 53-114-3 (10 de diciembre de 1986), 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 254, 257).



Debe existir *urgencia* de un posible daño *serio* para que se justifique el emitir una medida con anterioridad al laudo final. Qué es “urgente” es algo difícil de definir pero debe por lo menos involucrar que, de esperarse al laudo final, sería demasiado tarde para adecuadamente proteger los derechos o bienes amenazados.

A su vez, no sólo debe existir *urgencia*, sino que dicha urgencia debe tratarse de circunstancias que amenazan con causar un *daño*. Más aún, el daño no debe ser cualquier daño, sino *irreparable*. Es decir, daño que no sea corregible mediante una indemnización monetaria. De lo contrario, también se justificaría negar la medida en la inteligencia de que el daño provocado sería parte de la indemnización monetaria incluida —en su caso— en la decisión final.

La interrelación entre los elementos “urgencia” y “daño irreparable” son con frecuencia tratados como uno solo puesto que se entiende que un daño substancial existe únicamente cuando existe un riesgo de que ocurra en el futuro cercano. Sin embargo, hay casos en que los analizan por separado y la ausencia de uno (p.e., urgencia) ha sido suficiente para desestimar la medida en su totalidad.

En general, las medidas precautorias tienen como propósito conservar el *status quo*,<sup>69</sup> evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral,<sup>70</sup> tomar y/o preservar pruebas,<sup>71</sup> o impedir la transferencia o dilapidación de bienes.<sup>72</sup> Es decir, inducir conducta por las partes que sea propicia para que el arbitraje sea exitoso<sup>73</sup> y/o facilitar la ejecución ulterior del laudo.<sup>74</sup>

En virtud de que las medidas precautorias deben tomarse en un momento en que el resultado de la controversia es incierto, existen dos riesgos inherentes a las mismas que el tribunal arbitral debe tener en mente y evitar que se materialicen: (1) el prejuzgar —o dar la apariencia de que se ha prejuzgado— el fondo de la controversia; y (2) el que la medida se solicite por una parte para oprimir al contrario. Por consiguiente, en la emisión de dichas medidas el tribunal arbitral debe actuar con cuidado al tener que tomar la (frecuentemente difícil) decisión de su emisión equilibrando dos intereses a veces opuestos y ambos justificados: por un lado, la urgencia para emitir las medidas so pena de que el transcurso del tiempo haga nugatoria la ejecutabilidad o utilidad práctica del laudo final; y, por el otro lado, el peligro de prejuzgar el fondo del asunto lo cual invitaría una solicitud de nulidad y/o no-reconocimiento.

#### b). Facultad del Tribunal Arbitral para Emitir Medidas Precautorias

Al ponderar la emisión de una medida precautoria, además de decidir sobre su procedibilidad, un tribunal arbitral debe analizar si tiene facultades para ello mediante la revisión de las siguientes fuentes de derecho:

1. El acuerdo arbitral;
2. Las reglas aplicables al arbitraje; y

---

<sup>69</sup> Mediante, por ejemplo, órdenes en el sentido de que se continúe con la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral (por ejemplo, que un contratista prosiga con obras aún cuando desee hacer valer su derecho contractual de discontinuarlas), órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo, órdenes para proteger bienes (mediante medidas de seguridad, venta de bienes perecederos o nombramiento de un administrador de los mismos), órdenes que se adopten medidas para evitar la pérdida de un derecho (por ejemplo, el pago de cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual), órdenes de limpiar un lugar determinado.

<sup>70</sup> Órdenes en las que se solicita a una parte que permita obtener una prueba determinada (por ejemplo, dando acceso a sus oficinas con la finalidad de examinar bienes o documentos), órdenes manteniendo la confidencialidad de las actuaciones (por ejemplo, conservando expedientes de cierta manera o guardándolos bajo llave; no divulgación de la hora y lugar de un evento).

<sup>71</sup> Por ejemplo, ordenando que no se efectúen cambios de lugar de bienes.

<sup>72</sup> A través de, por ejemplo, órdenes de hacer o no hacer (“injunctive relief”), secuestro o embargo de bienes (“attachment, garnishment or sequestration of a party’s funds”), depósito en garantía (“security deposit”), depósito con un tercero o en una cuenta especial (“escrow account”), y la designación de un tercero para administrar el objeto de la controversia o dirigirla de acuerdo a lo que ordene el tribunal arbitral (“temporary receivership”).

<sup>73</sup> Otros ejemplos son: embargo de bienes y medidas análogas con la finalidad de que los bienes permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo, órdenes de no sacar bienes de la jurisdicción, órdenes que prohíben la transferencia de bienes situados fuera del Estado del foro y exigir información sobre los bienes de la una parte (conocidos en el Reino Unido como “Mareva Injunctions” o “Anton Piller Injunctions”), órdenes de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en manos de un tercero, órdenes que una o ambas partes ofrezcan una garantía (vgr., fianza) para cubrir gastos del arbitraje, u órdenes que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

<sup>74</sup> Como se detallará con posterioridad, las medidas pueden buscar objetivos distintos, como el ofrecimiento de pruebas, preservar los derechos de las partes, prevenir medidas que mejoren la posición de una de las partes en detrimento de la contraparte (lo que con frecuencia denominan “self-help”), salvaguardar la implementación eventual del laudo y, en general, preservar las circunstancias de tal manera que no se agrave la controversia.

3. *La lex arbitri.*

1. El Acuerdo Arbitral

El arbitraje es, en su esencia, una cuestión contractual. Por lo tanto, un tribunal arbitral que ventile la emisión de medidas precautorias deberá guiarse por el acuerdo arbitral celebrado por las partes.

En la experiencia del autor es raro encontrarse con acuerdos arbitrales que expresamente mencionen la facultad de los árbitros para emitir medidas precautorias. Muchas de las dudas tanto jurídicas como prácticas que surgen en ésta área pueden ser evitadas con un pacto expreso que las contemple.

2. Las Reglas de Arbitraje

En ausencia de disposición expresa, debe acudirse a las reglas arbitrales designadas por las partes —en su caso—, las cuales, dada la naturaleza contractual del arbitraje, forman parte del acuerdo arbitral y obligan a las partes en los términos de las mismas.

La mayoría de los arbitrajes en México se siguen de conformidad con reglamentos arbitrales, ya sean institucionales o *ad hoc*, por lo que las reglas son quizá el marco jurídico más importante de las medidas precautorias.

Los reglamentos arbitrales más utilizados en México son CCI, CAM y CANACO. Otros frecuentemente utilizados son el Reglamento de Arbitraje de la AAA, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, las reglas de la LCIA y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Todas estas reglas permiten expresamente la emisión de medidas precautorias, sujeto a ciertas condiciones. Haré un pequeño comentario sobre cada una.

a) Reglamento CCI

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”) permite expresamente<sup>75</sup> al tribunal arbitral ordenar medidas precautorias en contraste con la versión anterior (de 1988) que contemplaba dicha facultad en forma implícita.<sup>76</sup> Sin embargo, es generalmente aceptado que, en la ausencia de un impedimento contractual o legal, los árbitros en procedimientos bajo el Reglamento CCI siempre han podido emitir medidas precautorias— inclusive bajo las reglas de 1988 que eran omisas al respecto.<sup>77</sup>

Es interesante notar que el artículo 23(2) del Reglamento CCI permite a las partes solicitar medidas precautorias de un juez estatal antes de que el tribunal arbitral tenga el expediente y en “circunstancias apropiadas” con posterioridad a dicho evento. La práctica bajo el Reglamento CCI anterior limitaba dicha acción judicial a “circunstancias excepcionales.”<sup>78</sup>

Como nota precautoria, las partes deben abstenerse de solicitar asistencia judicial que rebase lo estrictamente necesaria ya que de lo contrario ello podría interpretarse como una renuncia o violación del acuerdo arbitral.<sup>79</sup>

b) Reglamento CAM

El artículo 30 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (“Reglamento CAM”) contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal arbitral emita medidas precautorias. Es interesante notar que la redacción condiciona su emisión a, *inter alia*, que la parte que las solicite otorgue la garantía que el tribunal establezca. A su vez, podría<sup>80</sup> interpretarse el texto en el sentido que el tribunal debe necesariamente fijar una garantía al respecto —algo no siempre procedente.

75 Artículo 23 del Reglamento CCI.

76 Artículo 8.5 del anterior Reglamento CCI.

77 Ver W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, Craig, Park & Paulsson’s Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary, Oceana, 1998, pg. 137; Yves Derains & Eric A. Schwartz, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Kluwer, 1998, pg. 273.

78 Párrafo 5 del Artículo 8 del anterior (1988) Reglamento de la CCI.

79 Ver, por ejemplo, el Caso ICC No. 5650 (1989), (Arnaldez, Derains & Hascher, ICC Arbitral Awards 1991-1995, ICC Publishing/Kluwer, 1997, pg. 34) en el cual el tribunal arbitral interpretó que una de las partes había renunciado a su derecho a arbitrar al haber solicitado que un juez estatal designara a un experto solicitando daños y perjuicios de la contraparte.

80 Mencionó que podría, puesto que las palabras “en su caso” en el inciso 1(c) también pueden interpretarse en el sentido de darle carácter potestativo a la facultad de emitir una garantía junto con la medida.

c) Reglamento CANACO

El artículo 31 del Reglamento de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“Reglamento CANACO”) contiene un precepto atinado y sofisticado que regula la mayoría de los temas que involucran las medidas precautorias, y lo hace una manera congruente con las opiniones más modernas sobre el tema, lo cual incluye dejarle un gran margen de maniobra al tribunal arbitral.

d) Reglamento AAA

El artículo 21 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) (“Reglamento AAA”) también permite en forma amplia la emisión de medidas precautorias. Es de notar que dichas reglas no contienen limitación alguna para comenzar acciones judiciales solicitando medidas precautorias, ya sea antes o después de que el tribunal arbitral esté constituido.

e) Reglamento de Arbitraje UNCITRAL

El artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Reglamento UNCITRAL”) confiere amplias facultades al tribunal arbitral.

Dos puntos deben notarse. Primero, el artículo 26(1) hace una explícita conexión entre las medidas precautorias y la materia objeto de la controversia, en particular sobre la conservación de bienes. Segundo, como el Reglamento AAA, el artículo 26(3) no limita la solicitud de medidas precautorias paralelas de un juez estatal.

f) Reglamento de Arbitraje de la LCIA

El artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (“Reglamento LCIA”) es más detallado en su regulación sobre medidas precautorias y pone énfasis en la garantía por la cantidad en disputa y los costos. Es de notar que una vez que el tribunal arbitral ha sido formado, el Reglamento LCIA limita el derecho de las partes para iniciar procedimientos judiciales paralelos en materia de medidas precautorias a casos “excepcionales” y restringe el derecho de las partes para solicitar fianza por costas de la corte.<sup>81</sup>

g) El Reglamento de Arbitraje del CIADI

La Regla 39 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (“Reglamento CIADI”) alude a las medidas precautorias en una forma un tanto más diplomática que otras. Establece la facultad del tribunal arbitral para “recomendar” (contrario a “ordenar”) medidas precautorias. Lo anterior obedece a que una de las partes del arbitraje es un Estado.

Es de mencionarse que la Regla 39(5) requiere a las partes sometidas a un arbitraje CIADI que contemplen expresamente el derecho de solicitar por la vía judicial la emisión de medidas precautorias. Esto no debe sorprender al lector si se considera el antecedente sobre inmunidad soberana de los Estados-parte de arbitrajes CIADI y el hecho que el Mecanismo CIADI está diseñado para estar “insulado” de los derechos locales.<sup>82</sup>

### 3. La lex arbitri

Al margen de la facultad para emitir medidas precautorias que las partes confieran al tribunal arbitral (ya sea expresamente o mediante reglamentos arbitrales), dicha facultad siempre permanecerá sujeta a las disposiciones/limitantes de orden público/imperativas del derecho local aplicable.

Teniendo en mente la ejecución del laudo, como es su deber, un árbitro en raras ocasiones emitirá medidas precautorias si no está satisfecho que las disposiciones imperativas del derecho local se lo permiten. El derecho mexicano aplicable será objeto de análisis en la sección V de este estudio.

---

81 Artículo 25(3).

82 Ello se logró estableciendo que la lex arbitri de los procedimientos CIADI sea la Convención CIADI. No abundaré por rebasar ello el objeto de este estudio. En caso que el lector desee profundizar al respecto, confere Francisco González de Cossío, México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Un comentario, Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., pg. 36 et seq.; y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Global, Apuntes Jurídicos, Revista Anual del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, Año 5, No. 4 pg. 353.

### III. La práctica internacional

#### a). Nota Preliminar

Antes de embarcarme en la ejemplificación de las medidas precautorias que el derecho y práctica internacional nos proporciona creo prudente hacer un comentario preliminar.

El tópico de medidas precautorias guarda una íntima relación con un tema que tiene un diferente tratamiento y desarrollo en derecho extranjero e internacional que en derecho mexicano: lo que se conoce en inglés como “*the law of remedies*” y que llamaré el derecho de los Medios de Apremio.<sup>83</sup>

A diferencia de derecho mexicano (y probablemente otros sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición/familia jurídica romano-canónica<sup>84</sup>), el tema de las medidas que puede adoptar un órgano aplicador del derecho (juez o árbitro) para hacer observar o ejecutar, ya sea preliminar o finalmente, su decisión es una rama independiente —más no excluyente— tanto del derecho sustantivo como adjetivo. A diferencia de México, en donde este tema se toca como parte de derecho procesal, esta materia es estudiada en países que siguen el *common law* en forma independiente del derecho procesal y del derecho sustantivo. Más aún, una vez conocido el alcance y desarrollo de esta rama en el derecho extranjero, su regulación y práctica en México parece insuficiente.

Dada la diferencia de tratamiento, a continuación realizaré un breve y general comentario sobre cómo se aborda y regula éste tema en otras jurisdicciones con la finalidad de dar al lector un marco de referencia.<sup>85</sup>

#### 1. Concepto de “Remedy”

Un “*remedy*” es todo lo que un tribunal puede hacer por una parte que ha sufrido un perjuicio o esta a punto de sufrirlo. Los dos tipos de “*remedies*” más frecuentes son las sentencias o laudos en los cuales se le ordena a una parte a realizar un pago a otra, y las órdenes en las cuales se le obliga a una parte a realizar o abstenerse de realizar cierta conducta (presumiblemente ilícita) o a deshacer sus consecuencias.

#### 2. Tipos de “Remedies”

El derecho anglo-americano ha desarrollado un vasto inventario de los “*remedies*” que pueden adoptarse. A continuación realizaré una descripción de los mismos.<sup>86</sup>

- **Compensatorios:** son aquellos que buscan compensar a una parte por el daño que ha sufrido. El más importante es la indemnización monetaria que busca restituir al ofendido a la situación que prevalecería si no hubiera ocurrido la conducta ilícita.
- **Coercitivos:** busca prevenir un daño antes de que suceda a efecto de evitar la necesidad de compensar. Este género y los declaratorios están íntimamente vinculados y podrían llamarse medidas preventivas. Con frecuencia se les combina. La medida preventiva más importante es el “*injunction*” que es una orden de hacer (“*positive injunction*”) o no hacer (“*negative injunction*”) algo.
- **Declaratorios:** previenen que ocurra un daño a las partes mediante la resolución de cierta ambigüedad acerca de la existencia o falta de un derecho de una de las partes. Estas medidas resuelven la controversia sin que concluyan en una orden a una

83 Adopto esta definición puesto que corresponde, en principio, al concepto de “medidas de apremio” derecho mexicano: conjunto de instrumentos a través de los cuales un tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones. Sin embargo, al adoptar esta definición no deseo constreñirme al limitado número de medidas existentes en derecho mexicano (v.gr., aquéllos incluidos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, así como 59 del Código Federal de Procedimientos Civiles) sino utilizarlo como el término de arte que más se acerca al concepto que quiero describir.

84 Utilizando el término de John Henry Merryman (La Tradición Jurídica Romano-Canónica, Fondo de Cultura Económica, México, 1989) para diferenciar la tradición o familia de derecho civil de las otras dos más influyentes: derecho común y derecho socialista (id., pg. 15). Sin embargo, existen otras como el Islámico, el Indio, el de Extremo Oriente, y todas las especies de los géneros anteriores. (Ver, por ejemplo, en forma general, Mario G. Losano, Los Grandes Sistemas Jurídicos, Editorial Debate, Madrid, España, 1982) Como toda generalización, la descripción anterior esta sujeta a matices que no abordaré.

85 El lector podría (válidamente) cuestionar la autoridad del autor al realizar esta descripción —ya que mi formación es de abogado civilista. Atendiendo a la recomendación de Aristóteles (en su obra Retórica) que todo expositor debe empezar por mencionar sus credenciales para establecer, lo que él denominaba, su ethos (el carácter del expositor y porqué debía ser escuchado), menciono que he tenido la oportunidad de estudiar y trabajar en jurisdicciones del common law (Estados Unidos) y Europa (Francia y Países Bajos). Mi experiencia teórica y práctica involucró esta materia.

86 Douglas Laycock, Modern American Remedies, Second Edition, Little, Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London, 1994.

de las partes. El ejemplo más importante de este tipo de medidas es la sentencia declaratoria (“*declaratory judgment*”); sin embargo existen otras como los “*bills to quiet title*” y “*cancellation of instruments*”.

- **Restitucionarios:** (“*restitutionary remedies*”) buscan restituir a una parte lo que la contraparte ganó a su merced o en su detrimento. Existen diversas medidas como “*constructive trust*”, “*equitable lien*”, “*accounting for profits*”, etc., que constituyen especies de dicho género.
- **Punitivos:** están diseñados para castigar a la parte que haya actuado ilegalmente. Se derivan de la responsabilidad civil y el ejemplo más conocido son los daños punitivos (“*punitive damages*”). Podría cuestionarse el que estos sean un “*remedy*” —puesto que no corrigen nada sino que buscan establecer un mínimo que podrá recuperar una parte del procedimiento con la finalidad de hacer viable la ejecución de derechos considerados importantes.
- **Accesorios:** este tipo de medidas están diseñadas para ayudar a otras medidas. Como ejemplos encontramos la obtención de los gastos judiciales y honorarios legales, así como el aseguramiento o garantía por una parte del monto principal en juicio. Otros ejemplos son el “*garnishment*”, en el cual se emite una orden a un deudor del demandado a pagarle al demandante. El “*receivership*” en el que el juez administra bienes mientras se emite la sentencia final. Esta medida es inusual y onerosa y se diferencia de las demás en que no es el fin sino un medio. A veces se emplea como un medio extraordinario de cobranza.

Este tema constituye una de las grandes diferencias que ofrece el derecho comparado. Lo anterior, al margen de su aspecto de interés, ha tenido como resultado el acentuar la dificultad de su utilización e implementación por tribunales internacionales. Es por ello que considero que, con el antecedente teórico y la descripción práctica que a continuación se elaborará, este estudio puede ser de utilidad a aquellas personas que estén involucradas en arbitrajes —abogados postulantes, jueces y árbitros.

#### b). Precedentes Internacionales

La jurisprudencia internacional es rica en ejemplos y lecciones sobre medidas precautorias y los requisitos para su emisión. A continuación se mencionarán algunos.

Siempre que exista ánimo cooperativo entre las partes,<sup>87</sup> no hay límite (más que la creatividad o imaginación del tribunal y/o las partes) en las medidas precautorias que un tribunal arbitral puede otorgar o las partes pueden acordar.

Ejemplos imaginativos que la práctica internacional nos demuestra que se han utilizado como medidas precautorias son los siguientes:

- a) Depósitos de acciones objeto de la controversia en un fideicomiso para ser poseídas y administradas por una persona distinta al tribunal, mismas que no podrán ser sacadas a menos que las partes lo acuerden en forma conjunta o lo ordene el tribunal arbitral.<sup>88</sup>
- b) Depósito de dinero en una cuenta “*escrow*” bajo el control conjunto de las partes hasta la emisión del laudo,<sup>89</sup> o bajo el control del tribunal arbitral.<sup>90</sup>
- c) La orden a una parte de realizar pagos provisionales en parcialidades.<sup>91</sup>
- d) Autorizar a una parte a suspender un pago parcial sujeto a que se garantice el mismo mediante una garantía bancaria por el mismo monto.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> El asumir que existirá deseo de cooperar entre las partes puede ser inocente. Si bien se han dado casos en los que ello se presenta, en la experiencia del autor, en la contundente mayoría de los casos, la controversia sobre el fondo se extiende a la controversia sobre el procedimiento —y a veces en forma virulenta!

<sup>88</sup> Como sucedió en el laudo interino del caso CCI No. 8879, 1998.

<sup>89</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 9154 de 1998.

<sup>90</sup> Laudo final, caso CCI No. 7536 de 1996.

<sup>91</sup> Laudos interinos del caso CCI No. 8670, de diciembre de 1995 y junio de 1996.

<sup>92</sup> Laudo interino del caso CCI No. 8670, diciembre de 1996.

- e) Que el demandado realice un pago provisional de un monto específico por el cual el demandante proveyó una garantía por el mismo monto.<sup>93</sup>
- f) Que una parte reembolse a la otra el monto total de una carta de crédito en caso de que la contraparte haga efectiva la misma.<sup>94</sup>
- g) Que se obligue a una de las partes a abstenerse de vender productos de la contraparte, so pena de pagar una pena por cada producto vendido en caso de incumplimiento.<sup>95</sup>
- h) Que se le solicite a una de las partes la cancelación de la licencia de manufactura y registro de importación de materia prima de productos farmacéuticos que constituían la litis de la disputa.<sup>96</sup>
- i) Que se le ordene al demandado entregar las declaraciones de aduanas originales sobre ciertos bienes, que divulgue dónde se encuentran bienes o que se abstenga de utilizar dichos bienes.<sup>97</sup>

Al margen de los ejemplos anteriores, a continuación mencionaré medidas que buscan objetivos específicos y que con frecuencia se emiten en ausencia de ánimo cooperativo entre las partes.

#### 1. Evitar un daño irreparable

Con frecuencia durante un procedimiento arbitral surge la necesidad —a veces urgente— de emitir medidas que buscan evitar un daño irreparable o, como con frecuencia se dice en el medio de arbitraje, mantener el *status quo*.<sup>98</sup> En ambos casos se trata de situaciones en las cuales un laudo que otorgue una indemnización monetaria no será suficiente para compensar satisfactoriamente a una de las partes por los daños que ha sufrido.

Si bien existe consenso en la práctica de diversos tribunales internacionales sobre la posibilidad de emitir este tipo de medidas, no existe universalidad sobre el tipo o seriedad de “daño” que debe estar involucrado para justificar una medida que lo evite. Es decir, si bien un simple “daño” no es suficiente para justificar la emisión de la medida, sino que debe de tratarse de una daño “serio”, qué tan serio debe ser es una cuestión aceptada en forma dispar.

Uno de los estándares generalmente aceptados es el de “daño irreparable”. Sin embargo, existen otros. Por ejemplo, el de “perjuicio irreparable” (“*irreparable prejudice*”) de derecho internacional. Dicho estándar es más amplio que el concepto de “daño irreparable” (“*irreparable injury*”) bajo derecho anglo-americano<sup>99</sup> en el sentido que la posibilidad de obtener una indemnización monetaria no precluye la posibilidad de obtener una medida precautoria bajo el estándar de perjuicio irreparable.

Al respecto, la práctica del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos<sup>100</sup> ha sido que, excepto cuando se trate de bienes especiales o únicos en su especie, es muy difícil establecer un *daño irreparable* ya que la obtención de una indemnización

<sup>93</sup> Laudo interino, caso CCI No. 7544 de 1996.

<sup>94</sup> Caso CCI No. 9324 de 1998.

<sup>95</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 7895 de 1994.

<sup>96</sup> Laudo interino, caso CCI No. 8894 de 1997.

<sup>97</sup> Laudo parcial del caso CCI No. 10040 de 1999.

<sup>98</sup> Por ejemplo, evitar un daño reputacional, pérdida de oportunidades de negocio y demás situaciones que son de difícil prueba y/o cuantificación de daños y perjuicios, asumiendo que pudieren probarse.

<sup>99</sup> La práctica de E.U. es que la posibilidad de obtener daños y perjuicios por un daño que pudo haber sido evitado mediante una medida precautoria es suficiente para evitar la emisión de la medida precautoria. (Charles N. Brower y Jason D. Brueschke, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Londres, 1998, pg. 227, y, en general, Laycock, MODERN AMERICAN REMEDIES, Op. Cit.).

<sup>100</sup> Este tribunal, conocido como “*The Iran-U.S. Claims Tribunal*”, substituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y solucionar 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 Argiers (“*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 por manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979. En lo sucesivo me referiré a dicho órgano como el “Tribunal Irán-E.U.”.



monetaria es generalmente considerada como adecuada para compensar a la parte que la solicita por cualquier daño que sufra.<sup>101</sup> Existe un caso (*Behring*<sup>102</sup>) en el cual el Tribunal Irán-E.U. razonó que la posibilidad de obtener indemnización monetaria no precluía el que se obtuviera protección interina a través de una medida precautoria. Dicho caso es considerado como una anomalía que no refleja la práctica habitual de dicho tribunal arbitral.<sup>103</sup>

## 2. Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos

Una medida que en ocasiones ha sido empleada por tribunales internacionales consiste en la suspensión de procedimientos en otros foros mientras se decide un procedimiento arbitral determinado. La razón que motiva este tipo de decisiones ha sido que el tribunal esta interesado en proteger su jurisdicción y la efectividad del laudo final.

A continuación se tratará la experiencia de los siguientes tribunales internacionales que han tratado el tema en forma interesante: (a) el Tribunal Irán-E.U.; y (b) el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”<sup>104</sup>).

Como comentario preliminar quisiera mencionar que la razón por la cual me parece interesante cómo dichos tribunales han abordado y resuelto el tema de la existencia de litigios estatales paralelos a un arbitraje internacional es que reflejan una mayor asertividad sobre sus funciones que la estrictamente necesaria. Por virtud del principio de que no existe subordinación entre un tribunal internacional a uno estatal,<sup>105</sup> el tribunal arbitral que se encuentre con que un tribunal estatal se ha arrogado jurisdicción sobre una controversia —o aspecto de la misma— que forma parte de la litis del procedimiento arbitral, podría tomar una actitud pasiva ignorándolo y procediendo en forma independiente. Al fin y al cabo le corresponderá a la parte que prevalezca en el arbitraje ejecutar el laudo al margen de lo que disponga la sentencia local. En virtud de que los laudos derivados del arbitraje internacional

<sup>101</sup> Brower y Brueschke, pg. 226-229.

<sup>102</sup> *Behring International, Inc. and Islamic Republic of Iran Air Force*, Interim and Interlocutory Award No. ITM/ITL 52-382-3 (21 June 1985), 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 238, 276-277.

<sup>103</sup> Brower, pg. 229.

<sup>104</sup> El CIADI o ICSID, por sus siglas en inglés (“International Centre for the Settlement of Investment Disputes”), fue creado a través de la Convención de Washington de 1965 (el Convenio CIADI) que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en Washington, D.C. El objetivo del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación o arbitraje. Para abundar sobre ésta institución se puede consultar Francisco González de Cossío, THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES —The Mexican Experience, *Journal of International Arbitration* 19(3): 227-244, 2002.

<sup>105</sup> O, para ser más específico, un tribunal internacional no esta obligado por las determinaciones de un tribunal estatal.

tienen mucha más “entera fe y crédito internacional”<sup>106</sup> que una sentencia local, parecería que, aún en el caso que existiera contradicción *total* entre el laudo y la sentencia, el vencedor en el laudo tendría más elementos para hacer valer sus derechos.<sup>107</sup>

Sin embargo, y no obstante lo anterior, como a continuación se tratará, dichos tribunales arbitrales en ocasiones han decidido no ser pasivos sino proactivos. En lugar de adoptar la actitud pasiva y dejar que sea el vencedor del procedimiento arbitral el que tenga que enfrentar dicho (espinoso) problema, han adoptado medidas precautorias que lo abordan *a priori*.

a) Tribunal Irán-E.U.

El Tribunal Irán-E.U. ha emitido órdenes que exigen la suspensión de procedimientos paralelos. Para ello la práctica ha sido requerir que: (1) exista identidad de las partes en ambos procedimientos; y (2) la identidad de la materia (“*subject-matter*”) en ambos. Acerca del segundo punto, la ‘identidad de la materia’ no quiere decir identidad de reclamaciones. Es decir, se han presentado órdenes de suspensión cuando el litigio en el otro foro involucraba la misma materia, aunque los puntos legales a resolver (los “*issues*”) no sean los mismos o involucraban puntos de hecho o derecho distintos; aún cuando una de las partes no haya presentado una reconvencción al respecto.<sup>108</sup> El razonamiento que motiva lo anterior es evitar resultados inconsistentes, no sólo el mantener la jurisdicción exclusiva de las reclamaciones ante el tribunal.<sup>109</sup>

En muchas ocasiones el éxito de las órdenes de suspensión ha residido en que la orden condicione la suspensión del litigio paralelo a la emisión del laudo final del procedimiento arbitral. De esta manera, se establece un justo medio entre los intereses de ambas partes.

b) CIADI

El Tribunal Irán-E.U. no ha sido el único en implementar este tipo de medidas. Diversos tribunales arbitrales CIADI han tratado el mismo tema. A continuación se mencionarán.

En *Holiday Inns v. Marruecos*<sup>110</sup> se inició un arbitraje CIADI como resultado de una controversia derivada de la construcción de hoteles en Marruecos. En enero 1972 el gobierno de Marruecos inició procedimientos locales en los cuales obtuvo órdenes que le autorizaban a tomar todos los pasos para continuar y terminar las construcciones en cuestión a costa del demandante. A su vez, se designó un administrador judicial. En mayo de 1972 el demandante solicitó que el tribunal arbitral emitiera medidas precautorias solicitando que las acciones locales se dieran por concluidas. En julio de ese mismo año el tribunal arbitral no ordenó

---

<sup>106</sup> Ya que mientras que existen múltiples convenciones internacionales que buscan que un laudo se ejecute en forma internacional con un mínimo nivel de revisión —dentro de las cuales destaca la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que es uno de los instrumentos internacionales más exitosos de la historia de la humanidad— no existe una sola convención internacional *universal* que establezca la *obligación* de ejecución de sentencias estatales en el extranjero. Existen convenciones *regionales* que establecen la *posibilidad* de ejecución de sentencias, sujeto a su (profunda —en mi opinión) revisión.

A las convenciones internacionales a las que hago alusión son: La Convención Europea del 21 de abril de 1961, Convención de Estrasburgo del 20 de enero de 1966, la Convención de Moscú del 26 de mayo de 1972, la Convención de Montevideo del 11 de enero de 1889, Convención de Montevideo del 8 de mayo de 1979, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, la Convención de Riyadh del 6 de abril de 1983, la Convención sobre la Solución de Controversias de Inversión entre Estados Huéspedes de Inversiones Árabes y Nacionales de otros Estados Árabes del 10 de junio de 1974 —en vigor desde el 20 de agosto de 1976, la Convención (de Kuwait) que establece la Corporación de Garantías a las Inversiones Inter-Árabes en vigor desde el 1º de abril de 1974, el Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en Países Árabes firmada en Amman el 27 de noviembre de 1980 y que entró en vigor el 7 de septiembre de 1981, el Tratado OHADA (*l'Acte Uniforme de l'Organization pour l'Harmonization en Afrique du Droit des Affaires*) entre países africanos del 17 de octubre de 1993, la Convención de Washington del 19 de marzo de 1965 que establece el CIADI, La Convención Lomé de 1989 entre miembros de la Comunidad Europea y los países asociados de Asia, el Caribe y el Pacífico, los más de 2000 tratados de inversión existentes a la fecha que en su contundente mayoría —si no es que todos— contemplan arbitraje, los tratados de libre comercio (que también incluyen arbitraje) y el Tratado Europeo de Energía (European Energy Charter Treaty) de 1994.

<sup>107</sup> Confieso que el comentario es simplista ya que existen una diversidad de variables que podrían modificar el resultado de la regla que —reitero, simplísticamente— he mencionado. Sin embargo, dado que abundar sobre éste tema rebasaría el propósito de dicho estudio, tendré que abstenerme de tratarlo. Ello será objeto de una contribución posterior.

<sup>108</sup> *E-Systems, Inc. and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 13-388-FT (4 Feb. 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51.

<sup>109</sup> Brower y Brueschke, 233.

<sup>110</sup> *Holiday Inns S.A. and others v. Marocco*, caso CIADI No. ARB/72/1.

específicamente que el gobierno de Marruecos se desistiera de los procedimientos, más bien exhortó a las partes en términos generales a abstenerse de tomar medidas incompatibles con el contrato y recomendó que las partes cooperaran al respecto.<sup>111</sup>

En *Atlantic Triton v. Guinea*<sup>112</sup> el demandado solicitó que el tribunal arbitral ordenara a los demandantes a dejar sin efectos secuestros de embarcaciones que el demandante había obtenido y desistirse de procedimientos locales.<sup>113</sup> El tribunal arbitral negó las reiteradas solicitudes de Guinea puesto que la litis se había agotado al haber zarpado las embarcaciones.<sup>114</sup>

En el caso *MINE v. Guinea*<sup>115</sup> el demandante obtuvo un laudo AAA en 1980 en contra de Guinea, que Guinea se rehusó a cubrir. El demandante comenzó procedimientos de ejecución y Guinea solicitó del tribunal arbitral CIADI (cuyo procedimiento había sido comenzado en 1984) que ordenara a MINE a desistirse de todos los procedimientos de ejecución. En julio de 1985 el tribunal arbitral negó la solicitud por considerarla prematura ya que Guinea no había ofrecido defensa alguna en los procedimientos de ejecución. Guinea apeló los procedimientos de ejecución y presentó una nueva solicitud al tribunal arbitral a efecto de que reconsiderara la solicitud inicial. El tribunal arbitral ordenó a MINE a descontinuar inmediatamente todas las acciones y embargos en tribunales locales. MINE acató la instrucción y se desistió del procedimiento de apelación. Con posterioridad, y como resultado de una diferencia sobre las garantías, MINE volvió a solicitar que el tribunal modificara la orden inicial sobre medidas precautorias. El tribunal arbitral rechazó la modificación de la orden, emitió una aclaración a la orden inicial, y MINE se desistió de todos los embargos.<sup>116</sup>

En *Vacuum Salt v. Ghana*<sup>117</sup> el gobierno del demandado adoptó legislación que cancelaba los contratos de arrendamiento que documentaban la inversión de Vacuum Salt y establecían un procedimiento local para resolver las reclamaciones de compensación que surgían de la cancelación de los mismos. En mayo 1992 se iniciaron procedimientos CIADI y en Octubre de ese mismo año el demandante presentó una solicitud de medidas precautorias ante el tribunal arbitral CIADI en la que aseveraba que el gobierno de Ghana, al establecer un procedimiento paralelo para resolver la controversia, había denostado el arbitraje CIADI.<sup>118</sup> En diciembre de dicho año el tribunal arbitral emitió una decisión en la que se plasmó el compromiso por parte del gobierno para negociar la reclamación del inversionista y a detener los procedimientos locales hasta que se llegara a un acuerdo sobre la reclamación, se llegue a un acuerdo de continuar con procedimientos locales, o se resolviera el procedimiento CIADI. El demandante aceptó estos compromisos.

En *CSOB v. Slovakia*<sup>119</sup> el demandante presentó diversas promociones ante el tribunal solicitando que se suspendieran los procedimientos locales de quiebra. En un principio, el tribunal arbitral rechazó dichas solicitudes razonando que no tenía razón para dudar que los tribunales locales suspenderían el procedimiento en caso de que en el mismo se ventilaran puntos que deben ser decididos por el tribunal CIADI.<sup>120</sup> Con posterioridad el tribunal CIADI recomendó la suspensión de los procedimientos de quiebra en la medida en que los mismos podrían ventilar el aspecto relativo a si existía una reclamación válida en contra de la República de Slovakia (lo cual era parte de la litis del arbitraje CIADI).<sup>121</sup> En virtud de que los procedimientos de quiebra continuaron, CSOB volvió a solicitar la emisión de medidas precautorias, mismas que el tribunal otorgó haciendo notar la negativa por los tribunales Eslovacos de atender la solicitud de CSOB de suspender el procedimiento de quiebra.<sup>122</sup>

<sup>111</sup> Ibrahim F. Shihata y Antonio Parra, THE EXPERIENCE OF THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 14 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 299, 325-326 (1999).

<sup>112</sup> *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea* (caso CIADI No. ARB/84/1).

<sup>113</sup> *Atlantic Triton* había obtenido tres secuestros de embarcaciones de Guinea. El primero fue revocado por la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia. Como resultado de esto, *Atlantic* obtuvo un segundo embargo que también fue eventualmente levantado. *Atlantic* obtuvo un tercer secuestro que no pudo ejecutar puesto que las embarcaciones habían zarpado.

<sup>114</sup> P.D. Friedland, PROVISIONAL MEASURES AND ICSID ARBITRATION, 2 *Arbitration International* 335 (1986), pg. 343.

<sup>115</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, caso CIADI No. ARB/84/4.

<sup>116</sup> 4 ICSID Reports, pg. 77.

<sup>117</sup> *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, caso CIADI No. ARB/92/1.

<sup>118</sup> *Vacuum Salt v. Ghana*, Decision on Provisional Measures, 14 de Junio de 1993, 4 ICSID Reports, pg. 325. Laudo de fecha 16 de febrero de 1994, 4 ICSID Reports, pg. 331.

<sup>119</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. Slovak Republic*, caso CIADI No. ARB/97/4.

<sup>120</sup> Órdenes procesales del 9 de septiembre y 5 de noviembre de 1998.

<sup>121</sup> El 11 de enero de 1999.

<sup>122</sup> 14 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1999, pg. 251.

No obstante las decisiones anteriormente resumidas, hay ocasiones en que las solicitudes de órdenes de suspensión de procedimientos locales paralelos han sido rechazadas con fundamento en que no son “urgentes”.<sup>123</sup> A su vez, algunos tribunales exigen, para que se ordene la suspensión de procedimientos paralelos, que los mismos versen sobre una reclamación idéntica, o substancialmente similar, a la reclamación o reconvencción ante el tribunal arbitral,<sup>124</sup> o que los procedimientos paralelos involucren los mismos hechos o derecho.<sup>125</sup>

### 3. Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas

En ocasiones es necesario preservar u obtener pruebas. Son dos hipótesis distintas. En el caso de preservar pruebas, necesariamente se esta en presencia de una situación en la que de no hacer algo, se perderían las pruebas. En el caso de obtención de pruebas, se trata de obtener la colaboración de tribunales estatales para suplir una de las fronteras del arbitraje: la falta de imperio de los árbitros.

Únicamente un juez puede obligar a una parte o a un tercero a presentar pruebas en un procedimiento ya sea litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes,<sup>126</sup> —¡e inclusive en algunos casos a los árbitros!<sup>127</sup> — para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

En el caso *CIADI AGIP v. Congo*<sup>128</sup> el demandante solicitó que el tribunal arbitral ordenara al gobierno de Congo a que junte todos los documentos que habían sido mantenidos en la oficina local, presente al tribunal arbitral una lista de los mismos y los mantenga disponibles para su presentación ante el tribunal a solicitud de AGIP.<sup>129</sup> El gobierno no acató la recomendación del tribunal.

En *Vacuum Salt v. Ghana*<sup>130</sup> el demandante presentó una solicitud para que se conserven sus registros corporativos. Más que recomendar que así se haga, el tribunal arbitral tomó nota del acuerdo voluntario del gobierno de Ghana en el sentido de no negar acceso al demandante a dichos documentos.<sup>131</sup>

### 4. Garantías financieras

Ciertas medidas precautorias tienen como propósito facilitar la ejecución eventual del laudo arbitral. Este es el caso del secuestro, la fianza y demás medidas que buscan ‘congelar’ los activos sobre los cuales se trabaría embargo a efecto de satisfacer el laudo arbitral. Como es de esperarse, estas medidas son de jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales por lo que será necesario solicitar su intervención para su obtención y ejecución.

Un caso particular de lo anterior lo constituyen las medidas que buscan asegurar los costos de un arbitraje. Como cualquier abogado —que haya participado en un arbitraje— sabe, los costos de proseguir un procedimiento arbitral son importantes. En términos generales, se entiende que, sujeto a la determinación final que de ello realice el tribunal arbitral, cada una de las partes

<sup>123</sup> *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Decision No. DEC 116-A15 (IV) & A24-FT (18 de mayo de 1993).

<sup>124</sup> Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran, Interim Award No. ITM 28-159-3 (20 de octubre de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 384; Touche Ross and Company and the Islamic Republic of Iran, Interim Award No. ITM 22-480-1 (13 de junio de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 59; Reading and Bates Corporation and the Islamic Republic of Iran, Interim Award No. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 401; Rockwell International Systems, Inc., Interim Award No. ITM 17-430-1, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 310.

<sup>125</sup> *Aeronutronic Overseas Services, Inc.*, Interim Award No. ITM 44-158-1, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

<sup>126</sup> Por ejemplo, Reino Unido (Artículo 43 de la 1996 Arbitration Act); Estados Unidos (Sección 7 de la Federal Arbitration Act de 1925 (9 U.S.C.A.) y sección 1297.92 de la ley de arbitraje de California); Suecia (Sección 26 de la 1999 Swedish Arbitration Act); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento Civil (Nouveau Code de Procédure Civile) es omiso al respecto, sin embargo, autores diversos consideran que es posible que las partes pueden solicitar ayuda a los tribunales estatales, y existen otros autores que opinan que el tribunal arbitral mismo puede solicitar dicha asistencia (Moreau). El tema no ha sido conclusivamente decidido y, por ende, es discutible.

<sup>127</sup> Reino Unido (Artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 (1996 Arbitration Act)); Estados Unidos (Sección 7 de la Federal Arbitration Act de 1925 (9 U.S.C.A. §7)); Suiza (Artículo 184(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado Suizo); Artículo 27 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y Artículo 1444 del Código de Comercio de México.

<sup>128</sup> *AGIP S.p.A. v. People’s Republic of the Congo*, caso CIADI No. ARB/77/1.

<sup>129</sup> Laudo de 30 de noviembre de 1979, 1 ICSID Reports 311.

<sup>130</sup> *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, caso CIADI No. ARB/92/1.

<sup>131</sup> Laudo del 16 de Febrero de 1994, 4 ICSID Reports 331/2.

cubrirá sus costos (incluyendo los de la institución arbitral —en su caso) y honorarios legales. Lo anterior con frecuencia hace que surja la duda acerca de la posibilidad de recobrar los mismos de la contraparte cuando se ha prevalecido en todas o una gran parte de las pretensiones en el arbitraje. Más aún, en caso de duda sobre la disponibilidad de activos suficientes sobre los cuales pueda trabarse embargo para satisfacer el laudo arbitral, surge la pregunta sobre la posibilidad de que el tribunal arbitral emita una orden para que la contraparte garantice que, en caso de perder en el arbitraje y que se le requiera cubrir los costos del arbitraje, cuente con recursos suficientes para enfrentar el mismo evitando una victoria Pírrica por parte del ganador, al prevalecer en el arbitraje pero que el laudo carezca de efectos prácticos por ser el deudor insolvente.

En general, las solicitudes de garantías de los costos en un arbitraje son poco frecuentes. Lo anterior puesto que hay quien opina que la facultad del tribunal arbitral de emitirlos es cuestionable.<sup>132</sup> A su vez, aún y cuando se esté cierto sobre la facultad de realizar la medida en cuestión, es posible que el tribunal prefiera ser conservador y no la ejerza a efecto de evitar tomar medidas que pueden hacer pensar que ha prejuzgado cualquier aspecto de la controversia. De cualquier manera, es preferible que las solicitudes de garantías de costos sean realizadas únicamente ante el tribunal arbitral y no a los tribunales estatales ya que es el primero el que esta en más contacto con las partes y las circunstancias de la controversia por lo que es el mejor situado para decidir si una orden de esta naturaleza es justificada. Más aún, es un aspecto que queda amparado por el acuerdo de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje. Una intromisión por parte de un juez local seguramente será una solución menos perfecta por las razones descritas.<sup>133</sup>

Habiendo realizado un comentario acerca de este tipo de medidas mencionaré algunos casos internacionales.

En el caso ICSID *Atlantic Triton v. Guinea*<sup>134</sup> el demandante solicitó que el demandado presentara una garantía por el monto demandado en virtud de que, en opinión del demandante, el demandado podría no cumplir con el laudo que eventualmente se emitiera. Por su cuenta Guinea solicitó una garantía para cubrir sus gastos por embargos que Atlantic Triton había obtenido en otro foro (Francia). El argumento que Guinea esgrimía para su procedibilidad era que el inversionista extranjero estaba en proceso de liquidar sus activos y en un futuro cercano sería insolvente por lo que no podría cubrir los mismos. El tribunal rechazó ambas pretensiones considerando que no era del todo claro que los riesgos que cada una de las partes alegaba estaban presentes, aunque no dejó pasar la oportunidad para dejar claro que tenía facultad para emitir las mismas.<sup>135</sup>

Quiero compartir una experiencia personal con el lector. En un arbitraje de inversión en el cual el autor representa a inversionistas extranjeros en contra de un Estado Huésped de inversión cuya litis esta compuesta por medidas diversas que los demandantes (y yo, evidentemente) sostienen que violan los deberes de trato a la inversión, protección, transferencia y no expropiación contenidas en un tratado de inversión, los demandantes se encontraron con que el Estado Huésped demandado se rehusaba a cubrir su porción del anticipo del arbitraje. La razón *oficial* que el Estado brindaba para no cubrir era que no estaba obligado a ello bajo el tratado de inversión. La razón *real*, en mi opinión, era usar una de las tácticas dilatorias más frecuentes: la negativa a cubrir el anticipo a sabiendas que (i) los demandantes (personas físicas) no contaban con recursos suficientes para soportar la totalidad de los costos del arbitraje; y (ii) la institución supervisora del arbitraje instruiría al tribunal a suspender el procedimiento hasta que el total del anticipo fuera cubierto. Así ocurrió. Al no ser cubierta la provisión de gastos por el Estado demandado, la institución arbitral “invitó” a los demandantes a cubrir la parte restante del anticipo. Los demandantes carecían de fondos suficientes. Se les otorgó un plazo perentorio para cubrir el adelanto en el entendido que, de no cubrirse, se tendría por no presentada la demanda y se devolverían las cantidades inicialmente pagadas. En pocas palabras, *la táctica dilatoria estaba siendo exitosa*. Como último recurso el autor presentó una solicitud de medida precautoria del tribunal arbitral en el sentido que ordenara al Estado demandado a

<sup>132</sup> Una duda bastante superada, por cierto, puesto que la jurisprudencia arbitral deja claro que el incluir una cláusula arbitral en un contrato trae aparejada la obligación financiera de cubrir los gastos inherentes al procedimiento arbitral en la forma que el tribunal lo decida.

<sup>133</sup> Como sucedió en el famoso caso inglés *Ken-Ren (Coppée Levalin NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* ([1995] 1 A.C. 38; [1994] 2 Lloyd’s Rep. 109, HL)) el cual dio lugar a un cambio de derecho al respecto. En resumidas cuentas el caso versó sobre un arbitraje en el cual el demandado, Ken-Ren, era insolvente y le era imposible cubrir su parte del anticipo de los costos del arbitraje. El mismo fue pagado por el accionista mayoritario de Ken-Ren quien se beneficiaría en caso de que Ken-Ren prevaleciera en el arbitraje, pero que no sería responsable en caso de que perdiera. El máximo tribunal inglés (House of Lords) decidió —por mayoría— que debería ordenarse una garantía por el monto en controversia puesto que “era un caso que demostraba de la manera más convincente que cualquier otro caso que por equidad debe exigirse una garantía (“*This is a case which, as strongly as any case could, demonstrates as a matter of fairness that there should be security*”) (traducción del autor). El derecho inglés aplicable ya no permite que un tribunal estatal ordene garantías de costos en el arbitraje (secciones 38 y 44 de la 1996 English Arbitration Act) ya que se considera que esa facultad le compete a los árbitros, quienes con seguridad la utilizarán con mesura.

<sup>134</sup> *Atlantic Triton Company Limited v. People’s Revolutionary Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1.

<sup>135</sup> El laudo no fue reportado.



cubrir su parte del anticipo.<sup>136</sup> Después de varios meses, el tribunal arbitral emitió un laudo sosteniendo que el Estado Huésped estaba obligado a cubrir su parte del anticipo del arbitraje y ordenó que pagara la parte que le corresponde del anticipo de gastos de arbitraje.<sup>137</sup> El Estado pagó y el procedimiento esta en curso.<sup>138</sup>

## 5. Propaganda hostil

En *AMCO v. Indonesia*<sup>139</sup> el demandado solicitó medidas precautorias que ordenaran a los demandantes a desistirse de generar propaganda que pueda agravar o alargar la controversia. Las publicaciones en cuestión versaban sobre un artículo que contenía declaraciones atribuidas al accionista controlador del demandante en un periódico en Hong Kong en Junio de 1983. Según Indonesia dicho artículo presentaba la versión unilateral del demandante y era dañino a la percepción internacional del clima de inversión en Indonesia. El tribunal arbitral se negó a emitir la recomendación solicitada razonando que el artículo no podía dañar a Indonesia ni agravar o exacerbar la controversia legal.<sup>140</sup>

En otro caso,<sup>141</sup> la Corte Internacional de Justicia señaló que es un principio universalmente aceptado que las partes deben abstenerse de cualquier medida que pueda tener un efecto perjudicial en relación con la decisión que en forma general se emitiría, o que pueda agravar o extender la controversia.<sup>142</sup>

## 6. Venta de bienes

Hay casos en los que se han emitido órdenes que restringen la venta de bienes. Para que ello suceda, los tribunales involucrados han requerido que se pruebe que es claro que la contraparte desea vender los mismos y que la parte que solicita la orden pruebe que los bienes son irremplazables y que un daño irreparable resultaría de ello.<sup>143</sup>

## 7. Medidas ex-parte

Existen ocasiones en que la situación puede ser tan urgente que el tribunal deba actuar en forma inmediata, sin siquiera ventilar la postura de la contraparte en contra de quien se emitirían las medidas. En general los tribunales internacionales prefieren que la contraparte sea escuchada antes de otorgar una medida precautoria.<sup>144</sup> Sin embargo, han habido casos en los que tribunales internacionales han decretado la medida antes de escuchar al demandado en razón de la urgencia.<sup>145</sup>

---

<sup>136</sup> Debo confesar que al momento de la solicitud de la orden yo mismo dudé que prosperara. No porque el Estado no estuviera obligado a cubrir su parte del anticipo, sino porque los tribunales arbitrales son poco propensos a emitir ese tipo de medidas, entre otras razones, por que de no cumplirse no hay nada que se pueda hacer al respecto, al margen de deducir las inferencias adversas que de ello puedan surgir. Claro que, en éste caso, en la medida que el procedimiento arbitral se hubiera suspendido, no habría inferencia adversa que deducir. Sería un caso de denegación de justicia. Un aspecto de especial relevancia es que el demandado es un Estado, un aspecto que complica aún más el que la orden se hubiera emitido puesto que tratándose de Estados en arbitrajes, los árbitros tienden a ser aún más cautelosos y conservadores. Véase, a guisa de ejemplo, la redacción de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que al tratar medidas precautorias, en lugar de utilizar la palabra "ordenar", usa la palabra "recomendar".

<sup>137</sup> El Tribunal consideró que, dado que la negativa de pago por el Estado demandado tendría como resultado el que la demanda arbitral se tuviera por retirada, y que los inversionistas demandantes carecían de fondos suficientes para substituirse en el pago de la misma, ello resultaría en un daño irreparable para los inversionistas demandantes. Es de recalcar que el Tribunal "ordenó" al Estado Demandado a pagar, algo poco frecuente—pero plausible—en la práctica.

<sup>138</sup> Me veo imposibilitado de brindar más información por razones de confidencialidad. Sin embargo, no quiero dejar de mencionar que el razonamiento del tribunal arbitral es muy interesante y en mi opinión es una decisión digna de ser emulada.

<sup>139</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, caso CIADI No. ARB/81/1.

<sup>140</sup> 1 ICSID Reports, pg. 410.

<sup>141</sup> *Electricity Co. of Sofia and Bulgaria (Interim Protection) (1939)*, A/B. 79, pg. 199.

<sup>142</sup> Textualmente dijo: "Parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute."

<sup>143</sup> *Shipside Packing Company, Incorporated and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 27-11875-1 (6 de septiembre de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 331; *Behring International, Inc. and Islamic Republic Iranian Air Force*, Interim Award No. ITM 25-382-3 (10 de agosto de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 173.

<sup>144</sup> Por razones evidentes de debido proceso.

<sup>145</sup> *Reading and Bates Corporation and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 401, en el cual se le ordenó al demandante a suspender los procedimientos y, en particular, una audiencia, hasta que el Tribunal Irán-



Generalmente las leyes de arbitraje no tratan la posibilidad de que se impongan medidas precautorias sin que se escuche lo que la parte afectada tiene que decir al respecto. Sin embargo, cuando ello se ha presentado, las razones aducidas al otorgar las mismas han sido: si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daños irreparables, la urgencia de la situación que no permite escuchar la parte afectada,<sup>146</sup> o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra quien va dirigida.<sup>147</sup>

Una excepción a lo anterior es derecho de Estados Unidos bajo el cual una orden *ex-parte* puede ser otorgada sin escuchar al demandado cuando se muestre en forma sumaria su necesidad con la finalidad de prevenir un daño inmediato e irreparable, sujeto a una audiencia en la que se determinen los derechos de las partes.<sup>148</sup>

Si bien hay preferencia a que se escuche a la contraparte, en caso de que exista retraso injustificado por parte de esta última, los tribunales han reaccionado brindando la medida solicitada, claro, estando en presencia de circunstancias que la justifiquen.<sup>149</sup>

#### IV. Derecho extranjero

En esta sección, trataré derecho estadounidense (§A); derecho francés (§B), otras legislaciones arbitrales (§C) y concluiré con una mención concisa sobre algunos esfuerzos internacionales al respecto (§D).

El motivo por el cual trato en forma y con extensión distinta dichas legislaciones, obedece a que tienen importancia distinta y algunas arrojan más lecciones que otras sobre el tema.

##### a). Derecho Estadounidense

###### 1. General

La legislación más importante de Estados Unidos sobre arbitraje comercial internacional es la Ley Federal de Arbitraje (“Federal Arbitration Act” - “FAA”<sup>150</sup>). La FAA es omisa en la cuestión de medidas precautorias. A pesar de éste silencio, y de la notoria complejidad para aplicar la FAA versus derecho estatal en materia de arbitraje, puede aducirse una regla de general: la mayoría de las decisiones establecen que los tribunales arbitrales tienen, bajo la Ley Federal de Arbitraje, la facultad para ordenar medidas precautorias en ausencia de pacto en contrario por las partes.

###### 2. Precedentes de E.U.A.

No parece haber decisión alguna de las cortes de Estados Unidos que haya interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de prohibir a las partes otorgar al tribunal arbitral la facultad para emitir medidas precautorias.

La situación más común es que las partes en el acuerdo arbitral no mencionen nada con respecto a medidas precautorias. En dichos casos, las cortes de E.U. han determinado que los tribunales arbitrales cuentan con facultades *implícitas* para ordenar medidas

---

E.U. haya decidido si debe otorgar la solicitud del demandado acerca de las medidas precautorias. A su vez, véase *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217; *Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran*, Interim Award No. ITM 16-93-2 (27 de abril de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 281.

<sup>146</sup> Por ejemplo, el caso de bienes perecederos.

<sup>147</sup> Por ejemplo, una medida que prohíba sustraer activos del territorio de una jurisdicción daría oportunidad a la parte afectada para trasladarlos antes de que se dicte la medida.

<sup>148</sup> J. MOORE’S FED. PRACTICE, para. 65.05, 2nd ed. 1989.

<sup>149</sup> *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

<sup>150</sup> La FAA de 1925 esta codificada en la sección 9 del United States Code, y contiene tres capítulos: (1) arbitraje local; (2) la legislación que implementa en derecho interno la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; y (3) la legislación que implementa en derecho interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Al margen de la FAA, que es derecho federal, existe legislación estatal al respecto puesto que, en palabras de la Suprema Corte de Justicia de E.U., la FAA no “ocupa toda el área” (*Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees*, 489 U.S. 468, 477 (1989) (“*The FAA contains no express pre-emptive provision, nor does it reflect a congressional intent to occupy the entire field of arbitration. But even when Congress has not completely displaced state regulation in an area, state law may nonetheless be preempted to the extent that it actually conflicts with federal law*”)) (énfasis agregado). Mis comentarios sobre este tema tomarán en cuenta únicamente derecho federal.

precautorias como una de las facultades inherentes del tribunal para dirigir y concluir el procedimiento arbitral. Una importante decisión sostiene en relación a las medidas precautorias que:<sup>151</sup>

“Las medidas precautorias en arbitraje pueden ser indispensables para preservar activos o para que, en caso de ejecución, el laudo final no resulte vacío o sin sentido”.<sup>152</sup>

Esta observación refleja la postura más aceptada, mas no unánime. Existen decisiones en contrario. En un número reducido de casos, las cortes de E.U. han interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de obstaculizar el que tribunales arbitrales otorguen medidas precautorias en ausencia de autorización expresa de las partes.

### 3. Ejecución judicial en Estados Unidos de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral

Si bien los tribunales arbitrales tienen la posibilidad *de facto* (a contrario de *de iure*) para hacer cumplir las medidas precautorias que emitan,<sup>153</sup> también se le brindan a los tribunales herramientas jurídicas para hacer cumplir las mismas.

#### a) Precedentes

El derecho arbitral estadounidense permite la ejecución judicial de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral. La razón que motiva lo anterior es que se considera que las medidas precautorias son necesarias para darle efectividad al procedimiento arbitral y las cortes de E.U. las ejecutarán al considerar que dichas medidas disponen en forma definitiva y final de las cuestiones contempladas en los mismos. Lo anterior es sin perjuicio de que la medida precautoria sea emitida mediante un “laudo” o simplemente como una “orden”.<sup>154</sup>

No hay muchos precedentes en relación con la ejecución judicial de ordenes emitidas por tribunales arbitrales contemplando medidas precautorias. En términos generales, la jurisprudencia que existe establece criterios de revisión a grandes rasgos iguales a los de la ejecución de laudos arbitrales.

El caso más importante al respecto es *Sperry International Trade, Inc. v. Government of Israel*,<sup>155</sup> en el cual el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de E.U.A. categóricamente hizo cumplir un laudo de medidas precautorias de un tribunal AAA aún y cuando las medidas excedían lo que la corte por sí misma podría haber emitido. *Sperry*, con toda su complejidad procesal, muestra contundentemente el apoyo que tribunales arbitrales pueden esperar de la (mayoría de la) judicatura estadounidense.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Pacific Reinsurance Management Corporation v. Ohio Reinsurance Corporation (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991)). Véase también Island Creek Coal Sales Co. v. Gainesville, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); y Sperry Int'l Trade, Inc. v. Government of Israel, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982).

<sup>152</sup> “Temporary equitable relief in arbitration may be essential to preserve assets or enforce performance which, if not preserved or enforced, may render a final award meaningless.” (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991). Ver también Island Creek Coal Sales Co. v. Gainesville, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); Sperry Int'l Trade, Inc. v. Government of Israel, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982). 935 F.2d 1019, 1022-1023). (Traducción del autor).

<sup>153</sup> Mediante, por ejemplo, la posibilidad de derivar las inferencias adversas que resulten de una negativa de cumplimiento, o por el control de fondos o activos puestos bajo su custodia.

<sup>154</sup> Joseph E. Neuhaus, INTERIM MEASURES AND THEIR ENFORCEABILITY UNDER NATIONAL LAW, Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop, The Transnational Arbitration of High-Tech Disputes, Institute of Transnational Arbitration (20 de junio de 1996), pg. 2.

<sup>155</sup> 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982).

<sup>156</sup> *Sperry* involucró un contrato bajo el cual Sperry diseñaría y construiría un sistema de comunicación para la Fuerza Aerea Israelí, garantizado mediante una carta de crédito irrevocable por 15 millones de dólares en favor de Israel. Al deteriorarse la relación, Sperry comenzó un arbitraje ante la AAA (American Arbitration Association) e Israel presentó varias contrademandas. Casi simultáneamente, Sperry demandó ante un tribunal federal de primera instancia de E.U. para obligar a Israel a no cobrar la carta de crédito hasta que se emitiera el laudo del tribunal arbitral de la AAA. El tribunal de primera instancia otorgó la orden de no-hacer (“*injunction*”). Sin embargo, la Corte de Apelación (Segundo Circuito) la revocó razonando que Sperry no había demostrado daño irreparable ya que únicamente daños pecuniarios estaban en juego. Israel comenzó los pasos para cobrar la carta de crédito, pero Sperry obtuvo una orden *ex parte* de embargo de una corte estatal de Nueva York. Israel transfirió el procedimiento estatal a un tribunal federal de primera instancia y solicitó la revocación del embargo. Justo en la mañana del día en que el tribunal federal fijó la audiencia para ventilar los alegatos de Israel, el tribunal arbitral AAA emitió un laudo ordenando que los montos derivados de la carta de crédito se depositaran en una cuenta especial de depósito (*escrow*) a nombre tanto de Israel como Sperry. La corte federal confirmó el laudo de la AAA y dejó sin efectos el embargo de Sperry. Israel apeló argumentando que la solución de los árbitros sobre el depósito era inconsistente con la revocación del primer *injunction* por la Corte de Apelación ya que, en opinión de Israel, la Corte de Apelaciones había determinado que Israel podía

Desde el caso *Sperry* en 1982, diversas cortes federales de E.U.A. han decidido hacer cumplir medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral.<sup>157</sup>

b) Criterio de revisión para ejecución

Las cortes de E.U. aplican un criterio de revisión parecido a las causales de no reconocimiento contempladas en de la Convención de Nueva York.<sup>158</sup> En resumidas cuentas, las cortes de E.U. ejecutarán medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral a menos que: (1) el laudo haya sido procurado mediante corrupción o fraude; (2) los árbitros hayan sido parciales; (3) los árbitros se hayan comportado de tal forma que se afecten los derechos de una de las partes; (4) los árbitros hayan excedido sus facultades o las hayan ejercido tan imperfectamente que un laudo final y definitivo sobre el objeto de la materia no haya sido obtenido.

Las cortes estadounidenses pueden modificar un laudo, a solicitud de una parte, únicamente en los siguientes (restringidos) casos:<sup>159</sup> (1) haya habido un error de cálculo en las cifras o una descripción equivocada; (2) los árbitros hicieron un laudo sobre cuestiones no sometidas a su jurisdicción; o (3) el laudo tiene un vicio de forma.

4. Medidas precautorias ordenadas por tribunales de E.U.

Antes de que el tribunal arbitral se encuentre constituido y en funciones, y en ciertas circunstancias aún después de ello, una parte puede necesitar solicitar medidas precautorias urgentes de una corte nacional.<sup>160</sup> Las facultades de una corte estatal para ordenar este tipo de medidas están regidas por el derecho local.

Al margen de observar las reglas de arbitraje seleccionadas por las partes, cualquier restricción impuesta por las partes en el acuerdo arbitral y la *lex arbitri*, las facultades de los tribunales arbitrales regidos por derecho arbitral de E.U. para ordenar medidas precautorias están en gran medida determinadas por precedentes judiciales.

Me saltaré el aspecto de las reglas de arbitraje y trataré directamente el derecho arbitral de E.U., que incluye la Convención de Nueva York.

No obstante que la Convención de Nueva York es omisa en la cuestión de medidas precautorias, su Artículo II(3) obliga a las cortes de los Estados Parte hacer cumplir los acuerdos arbitrales.<sup>161</sup>

Varias cortes de E.U. han interpretado que el Artículo II(3) de la Convención de Nueva York prohíbe el ordenar secuestros en forma previa al comienzo del arbitraje razonando que hacerlo sería inconsistente con la jurisdicción de los árbitros. Esta línea de casos

---

cobrar la carta de crédito sin causar a *Sperry* un daño irreparable. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó los argumentos de Israel aplicando los Artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Arbitraje (que esencialmente incorporan las causales de no reconocimiento de la Convención de Nueva York). La corte sostuvo que los árbitros no habían excedido sus facultades ni que el sentido del laudo era manifiestamente contrario a derecho. La corte hizo hincapié en la amplia facultad de los árbitros bajo derecho de Nueva York para llegar a un resultado justo, a tal grado que dicha facultad abarca la posibilidad de tomar medidas que un tribunal nacional carecería.

<sup>157</sup> Ver *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe, Ltd. v. Continental Casualty Co.*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994) (en la que el reasegurador fue ordenado a presentar como garantía una carta de crédito haciendo énfasis en la importancia de los laudos interinos en la consecución de la meta que los laudos sean ejecutables); *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) (en donde se ejecutó la "Orden Final Interina" que ordenaba que se realizaran pagos a una cuenta escrow sujeto a la conclusión del arbitraje); *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984) (que confirmó la "Orden Interina" que una parte continúe a aceptar las entregas bajo un contrato de compra de carbón); *Konkar Maritime Enter., SA v. Compagnie Belge D'Affretement*, 668 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1987) (que sostuvo una orden de depósito de fondos a una cuenta escrow); *Southern Seas Navigation Limited of Monrovia v. Petroleos Mexicanos of Mexico City*, 606 F. Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985) (que sostuvo un laudo interino que reducía un gravamen en una embarcación durante la solución de la disputa).

<sup>158</sup> Artículo 10 de la Ley Federal de Arbitraje.

<sup>159</sup> Artículo 11 de la Ley Federal de Arbitraje.

<sup>160</sup> El ejemplo clásico bajo la doctrina y experiencia estadounidense es el solicitar un secuestro precautorio de cargamento encontrado en una embarcación que esta a punto de zarpar cuando la titularidad o derechos sobre el mismo forma parte de la litis arbitral y que el arbitraje no ha comenzado o los árbitros no se encuentren disponibles.

<sup>161</sup> Dicho precepto establece: "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

persiste a pesar de que decisiones extranjeras y opiniones autoritativas interpretan al Artículo II(3) como compatible con medidas precautorias emitidas por cortes estatales.<sup>162</sup>

El caso más importante al respecto es *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT, SpA*.<sup>163</sup> *McCreary* versó sobre un contrato de distribución que contemplaba arbitraje CCI en Bélgica. Cuando surgió la controversia, *McCreary* demandó ante el tribunal federal de primera instancia de Massachusetts. La corte remitió a las partes al arbitraje con fundamento en la cláusula arbitral encontrada en el mismo desechando la acción. *McCreary* posteriormente demandó ante el tribunal federal de primera instancia en Pennsylvania, donde solicitó un embargo precautorio de los fondos adeudados a CEAT por un banco de Pennsylvania. En apelación, el Tercer Circuito de la Corte de Apelaciones (con jurisdicción en Pennsylvania), fundamentándose en el Artículo II(3) de la Convención de Nueva York, sostuvo que no podía otorgarse el secuestro precautorio y que las partes deben ser remitidas al arbitraje. En su parte relevante, la corte determinó que:

*“Lo que se observa evidente es que [la acción de McCreary ante la corte federal] es una violación del convenio de McCreary de someter sus controversias al arbitraje ... Es posible que los embargos en el extranjero estén disponibles para la ejecución del laudo arbitral. Esta demanda no busca ejecutar un laudo arbitral mediante un embargo extranjero. Busca pasar por alto el acuerdo sobre el método de solución de controversias. Esta contravención esta prohibida por la Convención [de Nueva York]. ... La Convención prohíbe a las cortes de un estado contratante admitir una demanda que viole el acuerdo arbitral. De este modo, la postura que el arbitraje es simplemente otro método de juicio, al cual le son aplicables los recursos locales provisionales, es insostenible”.*<sup>164</sup>

Algunas cortes estadounidenses han seguido la estela de *McCreary* sosteniendo que la Convención de Nueva York impide embargos anteriores al juicio. Por ejemplo, en *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA*,<sup>165</sup> la Corte de Apelación de Nueva York sostuvo en que la Convención de Nueva York prohibía un secuestro precautorio anterior a juicio aparentemente dirigido a evadir un arbitraje en Suiza.

Otras cortes han llegado a la conclusión opuesta. El caso principal es *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*,<sup>166</sup> en el cual un tribunal federal de primera instancia de California otorgó un secuestro precautorio anterior a juicio en asistencia de un arbitraje internacional en Nueva York, razonando que la argumentación de *McCreary* era “inconvincente”<sup>167</sup> y que “no hay indicación en el texto ni teteología aparente de la Convención [de Nueva York] que recurrir al secuestro precautorio antes de juicio debe ser precluido”.<sup>168</sup>

Otras cortes estadounidenses han adoptado una postura ecléctica distinguiendo entre los secuestros precautorios anteriores a juicio como los que se ventilaron en los casos *McCreary* y *Cooper*, de otro tipo de medidas precautorias tales como mandamientos judiciales (“*preliminary injunction*”). Por ejemplo, en *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co.*,<sup>169</sup> un tribunal de segunda instancia<sup>170</sup>

<sup>162</sup> Por ejemplo, Albert Jan van den Berg opina que la doctrina de *McCreary* (que a continuación se tratará) debería ser rechazada puesto que la Convención de Nueva York no debe interpretarse en el sentido de proscribir medidas provisionales (“...*the McCreary doctrine should be rejected as the [New York] Convention must be held, in general, not to preclude provisional remedies.* ...”) (Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, pg. 142.)

<sup>163</sup> 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974).

<sup>164</sup> “What is plainly there to see is that [McCreary's federal court action] is a violation of McCreary's agreement to submit the underlying disputes to arbitration. ... Quite possibly, foreign attachment may be available for the enforcement of an arbitration award. This complaint does not seek to enforce an arbitration award by foreign attachment. It seeks to bypass the agreed upon method of settling disputes. Such a bypass is prohibited by the [New York] Convention. ... The Convention forbids the courts of a contracting state from entertaining a suit which violates an agreement to arbitrate. Thus, the contention that arbitration is merely another method of trial, to which state provisional remedies should equally apply, is unavailable.” (501 F.2d 1032, 1038 (3d Cir. 1974). (Traducción del autor)

<sup>165</sup> 456 N.Y.S.2d 728 (Ct. App. 1982).

<sup>166</sup> 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

<sup>167</sup> “[I do] *not find the reasoning of McCreary convincing*” fueron sus palabras exactas.

<sup>168</sup> Para ser fiel a lo que dijo, repetiré el texto exacto: “[there] is no indication in either the text or the apparent policies of the Convention that resort to prejudgment attachment was to be precluded.”

<sup>169</sup> *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

<sup>170</sup> El Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de E.U.

confirmó una orden emitida por un tribunal federal de primera instancia otorgando un mandamiento judicial (“*preliminary injunction*”) en asistencia a un arbitraje.

Como seguramente el lector se ha percatado, los precedentes de Estados Unidos sobre el impacto del Artículo II(3) de la Convención de Nueva York son contradictorios. La circunstancia anterior trae como resultado lo que en el argot internacional se conoce como *forum shopping*; es decir, la conducta estratégica soslayada por litigantes al preferir demandar en ciertas jurisdicciones que en otras por ser su derecho (substantivo o adjetivo) más favorable a las pretensiones de su cliente. Este fenómeno, aunque no es *per se* objeto de repudio, es el resultado de una disparidad jurídica y debe ser evitado mediante la correcta confección de normas jurídicas. Sin embargo, lejos de generar un dolor de cabeza, puede trazarse una ruta estratégica de las mismas e inferirse la siguiente lección: las cortes de E.U. recibirán positivamente solicitudes de medidas precautorias que busquen facilitar el arbitraje (ya sea que aún no haya comenzado o se encuentre en progreso), pero verán con malos ojos y rechazarán aquéllas solicitudes —particularmente de embargos anteriores al juicio— que puedan frustrar el arbitraje.

En este contexto es interesante mencionar que el Estado de Nueva York ha adoptado legislación que específicamente permite embargos o mandamientos judiciales (“*injunctions*”) en asistencia del arbitraje en aquellos casos en que el laudo puede resultar ineficaz si no se adopta dicha asistencia provisional.<sup>171</sup> Este precepto fue interpretado aún por encima de *Cooper en Alvenus Shipping Co. v. Delta Petroleum*,<sup>172</sup> donde un tribunal federal de primera instancia<sup>173</sup> determinó que *Cooper* no era un obstáculo para un mandamiento judicial (“*injunction*”) en apoyo a un arbitraje puesto que, *inter alia*, la decisión era anterior a dicha legislación.

5. El estándar que aplicará una corte de E.U. para emitir una medida precautoria en virtud de que la Convención de Nueva York y la Ley Federal de Arbitraje son omisas al respecto, los requisitos que una corte de E.U. exigirá para emitir una medida precautoria emanan de la judicatura.

Las reglas del *common law* en materia de mandamientos judiciales (“*injunctions*”) son las más claras al respecto. Si bien los criterios varían de una jurisdicción a otra, en términos generales las cortes de E.U. ejercerán su discreción para emitir un *injunction* en apoyo de un arbitraje cuando se pruebe:<sup>174</sup> (1) daño irreparable; y (2) ya sea (a) posibilidad de éxito<sup>175</sup> o (b) que la controversia sea lo suficientemente seria y la mayoría de los aspectos negativos sean en detrimento de la parte que solicita el *injunction*.<sup>176</sup>

Con respecto a otras medidas precautorias, tales como embargos y garantías de los costos, el principio general es que la parte que solicite la medida debe demostrar que es necesaria para proteger el procedimiento arbitral.<sup>177</sup> La corte que la ventile no tiene que—ni debe—prejuizar los puntos controvertidos para emitir la medida precautoria en cuestión.

Para concluir, quiero hacer notar que no es necesario que la parte que solicita las medidas precautorias de una corte estatal estadounidense esté involucrada en un arbitraje con sede en los Estados Unidos. La facultad de las cortes estadounidenses para

---

<sup>171</sup> La sección 7502(c) del New York Civil Practice Law and Rules establece: “Provisional remedies. The supreme court in the county in which an arbitration is pending, or, if not yet commenced, in a county specified in subdivision (a), may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitrable controversy, but only upon the ground that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief. ... The provisions of article 62 and 63 of this chapter [relating to attachments and injunctions] shall apply to the application, including those relating to undertakings and to the time for commencement of an action (arbitration shall be deemed an action for this purpose) if the application is made before commencement, except that the sole ground for the granting of the remedy shall be as stated above. The form of the application shall be as provided in subdivision (a).” ((New York Civil Practice Law and Rules, §7502(c))

Es de notarse que estas medidas no están disponibles en casos internacionales bajo el capítulo de la Convención de Nueva York de la FAA. (*Drexel Burnham Lambert, Inc. v. Reubsamen*, 531 N.Y.S.2d 547 (App. Div. 1988)).

<sup>172</sup> 876 F. Supp. 482 (S.D.N.Y. 1994).

<sup>173</sup> Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito del Sur de Nueva York.

<sup>174</sup> A guisa de ejemplo, ver, *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. v. Dongsan Construction Co.*, 598 F.Supp. 754 (S.D.N.Y. 1984), que cita *Jackson Dairy, Inc. v. H.P. Hood & Sons, Inc.*, 596 F2d 70, 72 (2d Cir. 1979).

<sup>175</sup> “Likelihood of success on the merits”.

<sup>176</sup> Para utilizar los términos exactos: “sufficiently serious issues on the merits to justify litigation and the balance of hardship leaning toward the party requesting the injunction”.

<sup>177</sup> Ver, por ejemplo, *Ortho Pharmaceutical Corp. v. Amgen, Inc.*, 882 F.2d 806, 812 (3d Cir. 1989).



emitir medidas precautorias no se encuentra condicionada a que los arbitrajes se estén llevando en Estados Unidos o bajo las leyes de E.U.; se extiende también a la asistencia de arbitrajes seguidos bajo otras legislaciones arbitrales.<sup>178</sup>

#### 6. Lecciones de la experiencia estadounidense

La explicación elaborada arroja lecciones tanto positivas como negativas.

Las positivas son:

- a) Existe una actitud judicial pro-arbitraje que hace que los tribunales estadounidenses no interfieran con el arbitraje;
- b) Los tribunales estadounidenses muestran una tendencia a desechar las solicitudes por las partes que pueden entorpecer el procedimiento arbitral;
- c) Las medidas que los tribunales estadounidenses adoptan buscan darle efectos al pacto de arbitrar mediante la adopción de medidas que el tribunal arbitral no puede ejecutar por carecer de imperio frente a las partes.
- d) Los tribunales estadounidenses ejecutan medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral, aún y cuando el tipo de medida no pudiere ser adoptada por es tribunal estatal.

Las lecciones negativas son:

- a) Algunos tribunales han interpretado que el acuerdo arbitral les prohíbe adoptar medidas, con anterioridad al arbitraje, que buscan darle eficacia al mismo.
- b) Distintas jurisdicciones han adoptado soluciones divergentes a situaciones similares en relación con la procedibilidad de medidas precautorias lo cual invita a *forum shopping* por litigantes.

#### b). Francia

##### 1. Antecedentes

Hasta 1981 el tema de las medidas precautorias no había sido regulado. El 12 de mayo de dicho año se introdujo una reforma que ha servido de cimiento jurídico de jurisprudencia y doctrina que constituyen las fuentes más importantes de regulación de este tema.<sup>179</sup>

##### 2. Regulación

Si bien existe la posibilidad de acudir a un tribunal estatal francés para solicitar una medida precautoria no obstante la existencia de un acuerdo arbitral,<sup>180</sup> la tendencia jurisprudencial es de afirmar la posibilidad de renunciar al derecho de solicitar las mismas de un tribunal estatal francés.<sup>181</sup> Dicha renuncia puede resultar de un pacto expreso de las partes o de reglas arbitrales.<sup>182</sup> Sin embargo, la renuncia no se extiende implícitamente al derecho de hacerse valer de una medida de *référé* (la cual se comentará). En la medida que la función del juez francés es la de llenar las lagunas o insuficiencias pasajeras del procedimiento arbitral, un acreedor que reúna los requisitos aplicables (urgencia y clara apariencia de derecho) podrá solicitar la emisión de la medida precautoria.<sup>183</sup>

<sup>178</sup> A manera de ejemplo, *confere Tampimex Oil Ltd. V. Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983) en el cual se otorgó un embargo de una cuenta bancaria en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Atlas Chartering Services v. World Trade Group*, 453 F.Supp. 861, 863 (S.D.N.Y. 1978) en el cual se embargaron dos cuentas en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Andros Compania Maritima SA v. Andre and Cie*, 430 F.Supp. 88 (S.D.N.Y. 1977) en el cual se embargó una embarcación en asistencia de un arbitraje en Londres; *Paramount Carriers Corp. v. Cook Industries*, 456 F.Supp. 598 (S.D.N.Y. 1979) (same); *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*, 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

<sup>179</sup> Mediante la inclusión de los artículos 1492 a 1507 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

<sup>180</sup> Véase *Société d'exploitation du cinéma REX v. Rex*, Corte de Casación, 3er Civ., 7 de Junio de 1979.

<sup>181</sup> *Matthieu de Boissésou Le Droit Francais de l'arbitraje interne et international*, GNL-editions, pg. 759.

<sup>182</sup> *Atlantic Triton, Arrêt de la Corte de Casación de fecha 18 de noviembre de 1986*.

<sup>183</sup> *République islamique d'Iran et autres v. Société Framatome et autres*; así como *OEAI et autres v. Eurodif et autres*, Corte de Casación, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 de marzo de 1989.



La jurisprudencia de la Corte de Casación hace una distinción dependiendo de si el tribunal arbitral está constituido o no. Mientras no se haya constituido un tribunal arbitral, el juez *des référés* conserva su competencia para otorgar una provisión a la parte que pueda probar un derecho que no esté seriamente controvertido.<sup>184</sup> Una vez constituido el tribunal arbitral, el juez *des référés* se torna incompetente.<sup>185</sup>

### 3. Procedimiento Référé

En resumidas cuentas, un procedimiento *en référé* permite a un acreedor beneficiarse de procedimientos de emergencia para hacer ejecutar sus derechos en forma inmediata cuando dichos derechos no están “seriamente controvertidos”.<sup>186</sup> Existen dos requisitos: (a) que el tribunal no se haya constituido; y (b) que exista urgencia.

Las medidas que el juez *des référés* puede decretar son:<sup>187</sup> designar un mandatario para conservar las pruebas, nombrar un administrador judicial, un secuestro de bienes, designar a un experto o emitir una orden de no hacer.<sup>188</sup>

El motivo de una institución tan veloz es brindarle a los acreedores una medida para proteger sus derechos, restar efectos a las tácticas dilatorias de malos deudores y coadyuvar con el objetivo de moralizar las relaciones contractuales.<sup>189</sup>

La existencia de dicha institución,<sup>190</sup> y sus beneficios, ha dado origen a su emulación mediante un procedimiento similar con un matiz arbitral. A continuación lo trataré.

### 4. Reglamento Referee de la CCI

La CCI emitió el 1 de enero de 1990 el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee (“*ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure*”—el “Reglamento Referee CCI”). Dicho reglamento contempla un procedimiento mediante el cual pueden adoptarse medidas inmediatas al surgir problemas en una relación contractual. El Reglamento Referee CCI está diseñado para resolver la siguiente necesidad: acudir, en un lapso muy rápido, a un tercero facultado para tomar medidas precautorias en carácter de urgente, mismas que no pueden esperar a la emisión del laudo.

El Reglamento Referee CCI no usurpa la jurisdicción del juez o árbitro competente para eventualmente resolver los puntos en controversia.

En términos generales, el procedimiento es el siguiente. En presencia de un acuerdo que contemple la posibilidad de acudir al Reglamento Referee CCI, quien solicite la medida deberá presentar la solicitud de Referee a la CCI. La contraparte debe contestar en un lapso de ocho días mediante el método más rápido de comunicación. En caso de que no exista acuerdo entre las partes sobre quién fungirá como Referee, el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI lo designará. El Referee debe rendir su respuesta en un lapso de 30 días.

Los poderes del Referee son, salvo pacto en contrario:<sup>191</sup>

— Ordenar cualquier medida precautoria o de restauración que sea urgente y necesaria para prevenir ya sea un daño o pérdida irreparable y para salvaguardar cualesquiera derechos de las partes;

— Ordenar a una parte a pagar a otra un pago debido;

<sup>184</sup> Corte de Casación, 18 de junio de 1986.

<sup>185</sup> Caso *Eurodif*, Corte de Casación, 14 de marzo de 1984.

<sup>186</sup> Artículos 809 y 873 del Nouveau Code de Procédure Civile.

<sup>187</sup> Matthieu de Boissésou, pgs. 254 y 257.

<sup>188</sup> *Injunction* en inglés, *astreinte* en francés.

<sup>189</sup> Normand, citado por Matthieu de Boissésou, pg. 762.

<sup>190</sup> Francia no es la única jurisdicción que contempla esta institución, también los Países Bajos (Artículo 289 *et seq.*, Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos).

<sup>191</sup> Artículo 2 del Reglamento Referee CCI.

- Ordenar a una parte a tomar cualquier paso que deba ser tomado de conformidad con el contrato, incluyendo la firma de cualquier documento
- Ordenar cualquier medida que busque preservar u obtener pruebas.

Las partes están obligadas a implementar la medida ordenada por el Referee y se tiene por renunciado el derecho a cualquier recurso para oponerse a la orden del Referee.

Salvo pacto en contrario, el Referee no debe fungir como árbitro.

A la fecha de elaboración de este estudio, desde su emisión el primero de enero de 1990 sólo se han registrado cinco casos bajo el Reglamento Referee CCI.

#### c). Otras Legislaciones

La posibilidad de que un tribunal emita medidas precautorias, con o sin apoyo de tribunales estatales, ha sido generalizada en legislaciones arbitrales avanzadas (por ejemplo, Suiza,<sup>192</sup> Países Bajos<sup>193</sup> y Reino Unido<sup>194</sup>) así como otras no tan avanzadas —con algunos matices— (por ejemplo, Egipto<sup>195</sup> y Oman<sup>196</sup> que revirtieron la regla tradicional reflejada en el artículo 17 de la Ley Modelo requiriendo que las partes autoricen expresamente al tribunal arbitral a emitir medidas precautorias).

#### d). Esfuerzos Internacionales

##### 1. UNCITRAL

Desde 1999 la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) se ha abocado a la labor de elaborar ciertas normas en algunas áreas del arbitraje comercial internacional. Entre ellas esta la de medidas precautorias. Actualmente se está discutiendo una modificación al artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional que versa sobre la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas precautorias.<sup>197</sup>

El texto más reciente, mas no final, aborda las siguientes áreas:<sup>198</sup> (a) el derecho de las partes de restarle el facultad al tribunal para emitir medidas precautorias; (b) la naturaleza temporal y objetivos que pueden buscar lograr las medidas precautorias; (c) los requisitos que debe reunir una parte para la emisión de una medida precautoria; (d) la posibilidad de requerir garantía por la emisión de la misma; (e) la posibilidad de modificar la medida por el paso del tiempo; (f) el deber de la parte que solicita la medida de informar al tribunal cambios importantes de las circunstancias que motivaron la emisión de la medida; (g) la posibilidad de emisión de medidas *ex-parte* así como la responsabilidad que de ello surja y demás requisitos aplicables; y (h) la facultad y jurisdicción implícita del tribunal arbitral para abordar todas las cuestiones relacionadas con las medidas precautorias.

En virtud de que el texto aludido no es final, no lo abordaré. Tan sólo tengo dos comentarios al respecto. El texto actual refleja una interesante cristalización de la práctica y derecho internacional de la materia. Sin embargo, y no obstante que considero útil y plausible la existencia de dichas labores, cuestiono la conveniencia de modificar las legislaciones que actualmente contemplan lo dispuesto (en el artículo 17) de la Ley Modelo de la UNCITRAL para reflejar el texto que resulte de lo anterior. Ello por dos motivos: (i) no agrega nada puesto que la práctica actual, sin la modificación, es seguir dichos lineamientos;<sup>199</sup> y (ii) en cambio, puede ser limitativo o invitar un incremento en el nivel de revisión por los tribunales estatales del modo en el cual los tribunales arbitrales conllevan los procedimientos arbitrales.

<sup>192</sup> Artículo 183 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (*Loi fédérale sur le droit international privé*) y Artículo 26 de la Convención Inter-Cantonal sobre Arbitraje (*Concordat sur l'arbitrage*) del 27 de marzo de 1969.

<sup>193</sup> Artículo 1056 del Código de Procedimientos Civiles.

<sup>194</sup> Artículos 42, 43 y 44 de la Ley de Arbitraje de 1996.

<sup>195</sup> Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1994.

<sup>196</sup> Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1997.

<sup>197</sup> A/CN.9/487, párrafo 64.

<sup>198</sup> A/CN.9/WG.II/WP.123, 3 de abril de 2003.

<sup>199</sup> Es decir, sin la mención expresa de los cánones que se están detallando por la UNCITRAL, el procedimiento de razonamiento que siguen los árbitros experimentados es el mismo.

2. La Asociación de Derecho Internacional

La Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association*—“ILA”), en su 67ª Conferencia celebrada en 1996, aprobó los “*Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales*” que buscan establecer reglas relacionadas con las medidas precautorias en *litigios* (no arbitrajes) internacionales. No obstante que dichas reglas no aplican al arbitraje, coadyuvan al desarrollo de la materia y la formación de un consenso internacional sobre la materia.

3. American Law Institute/UNIDROIT

El American Law Institute y la UNIDROIT unieron esfuerzos para crear un proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional. En los mismos se incluyen principios en relación con medidas cautelares.

4. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

En el foro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se ha discutido un Proyecto de Convención sobre competencia judicial y el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil. Dicho proyecto toca el tema de las medidas precautorias.

## V. DERECHO MEXICANO

No existe uniformidad legislativa acerca de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias. Mientras las leyes de ciertos países las permiten dando una facultades amplias para su emisión al tribunal arbitral,<sup>200</sup> otros reservan dicha facultad a los tribunales estatales.<sup>201</sup> Sin embargo, existe una tendencia legislativa en los países que promueven el arbitraje —particularmente en aquellos con legislaciones arbitrales avanzadas— de dar a los árbitros amplia libertad para otorgar medidas precautorias.

La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente entre los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales en relación con la emisión de medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado lo contrario.

El principio de jurisdicción concurrente tiene tres consecuencias: (1) las partes pueden solicitar de tribunales estatales la emisión de medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral; (2) la solicitud de medidas precautorias de un tribunal estatal no constituye una renuncia al derecho a arbitrar; y (3) el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas precautorias.

Si bien existe la posibilidad de solicitar medidas precautorias tanto de un tribunal estatal como de un tribunal arbitral, el fundamento, requisitos de procedibilidad y límites de la facultad de cada uno varía en forma importante. Ello se tratará de la siguiente manera:

1. La facultad del tribunal arbitral para emitir medidas precautorias (§A);
2. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral (§B);
3. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el tribunal arbitral (§C); y
4. El marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con arbitraje (§D).

### a). Facultad del tribunal arbitral para emitir medidas precautorias

Uno de los efectos legales del acuerdo arbitral es el otorgamiento por las partes a un tribunal arbitral de jurisdicción para resolver una controversia, lo cual abarca la facultad de emitir las medidas que logran o forman parte de dicho objetivo —incluyendo medidas precautorias. Es decir, la facultad *específica* de emitir una medida precautoria se concibe como inherente a (y parte de) la facultad *general* de resolver la controversia.

<sup>200</sup> Por ejemplo, Suiza y las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

<sup>201</sup> Por ejemplo, Argentina e Italia.

Si bien el derecho vigente es claro al respecto,<sup>202</sup> no siempre lo fue.<sup>203</sup> Sin embargo, inclusive ante ausencia de disposición expresa, los tribunales arbitrales emitían medidas precautorias con fundamento en la facultad inherente para ello derivada de su misión de resolver la controversia.<sup>204</sup>

*La facultad del tribunal arbitral esta limitada en dos aspectos: (1) alcance y (2) su ejecutabilidad.*

#### 1. Alcance

*La facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas precautorias es amplia con respecto al tipo de medidas que pueden otorgarse, pero restrictiva en cuanto a sus destinatarios.*

*El alcance de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias fue un tema controvertido en la redacción del (antecesor del) artículo 1433. La elección en el texto final del término “providencias precautorias”<sup>205</sup> obedeció al deseo de adoptar una fórmula genérica que no descartara a priori cualquier medida. Por consiguiente, el límite en cuanto a las medidas que puede emitir un tribunal arbitral no es jurídico, sino fáctico: la imaginación del tribunal arbitral y las circunstancias del caso.<sup>206</sup>*

*La facultad del tribunal de emitir medidas “necesarias respecto del objeto de litigio”<sup>207</sup> en ocasiones se ha entendido que limita la facultad del tribunal de emitir medidas que versen sobre el objeto<sup>208</sup> materia de litigio, mas no se extiende a otro tipo de medidas.<sup>209</sup> Esta interpretación ha sido superada. El texto “respecto del objeto de litigio” obedece al deseo de los redactores del (antecesor del) artículo 1433 de no limitar la facultad de emisión de medidas precautorias al objeto o materia de la controversia, sino a emitir cualesquiera otras medidas que juzgue apropiadas dadas las circunstancias.<sup>210</sup> Una medida típica que el tribunal arbitral podría ordenar es cualquiera que las partes pudieran diseñar contractualmente.<sup>211</sup>*

*En lo que se refiere al alcance personal de las medidas, éste es limitado. El tribunal no puede emitir medidas que estén destinadas a terceros que no formen parte de la controversia. Ello fue el deseo expreso de los redactores de dicho artículo.<sup>212</sup>*

---

<sup>202</sup> Artículo 1433 del Código de Comercio.

<sup>203</sup> Si bien existe consenso acerca de la facultad de un tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias en el arbitraje, existió cierta divergencia en cuanto a algunos aspectos relacionados con ello entre el grupo de trabajo que redactó el artículo 17 de la Ley Modelo (que es el equivalente al 1433 del Código de Comercio). Uno de ellos fue si la facultad del tribunal arbitral de otorgar medidas precautorias estaba condicionada al acuerdo expreso de las partes al respecto, o si debería entenderse que el tribunal arbitral cuenta con dicha facultad a menos que las partes dispongan lo contrario. El segundo método prevaleció y el texto es claro al respecto. Por consiguiente, ya no hay lugar a duda acerca de la facultad implícita del tribunal arbitral para emitir dichas medidas.

<sup>204</sup> Ver Eric Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC Publication No. 519, 1993.

<sup>205</sup> “Interim measures of protection” en inglés.

<sup>206</sup> El comentario analítico del artículo 17 de la Ley Modelo menciona como ejemplos prácticos: medidas diseñadas a “estabilizar” una relación de larga duración, el mantenimiento de maquinaria, la continuación de una fase de una construcción con la finalidad de evitar un daño irreparable, y una orden para asegurar pruebas que de otra manera estarían indisponibles en etapas subsecuentes del procedimiento.

<sup>207</sup> El precepto establece, literalmente: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias **necesarias respecto del objeto de litigio**. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.” (énfasis agregado)

<sup>208</sup> “Subject matter” en inglés.

<sup>209</sup> Por ejemplo, si la controversia radica sobre la titularidad de acciones, que las mismas puedan ser depositadas en manos de un tercero quien las administre durante el procedimiento arbitral, mas no podría decretarse que una de las partes otorgue una garantía sobre el monto en controversia.

<sup>210</sup> Por ejemplo: medidas para preservar bienes ante terceros, la venta de perecederos, cartas de crédito, utilización de maquinaria, continuación de construcciones no obstante la disputa, preservación de pruebas, etcétera.

<sup>211</sup> Broches, *THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990 pg. 92.

<sup>212</sup> Dicha limitante queda más clara en la versión en inglés de dicho artículo que establece: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order **any party** to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The tribunal may require **any party** to provide appropriate security in connection with such measure.” (énfasis añadido)

## 2. Ejecutabilidad

La segunda limitante a la facultad del tribunal arbitral en materia de medidas precautorias es su ejecutabilidad. La razón es obvia: la falta de imperio de los árbitros. En efecto, en virtud de que la naturaleza del arbitraje es contractual, los árbitros carecen de facultades coercitivas *vis-à-vis* las partes en disputa. Por consiguiente, la sanción derivada del incumplimiento de las medidas dictadas por un tribunal arbitral son de tipo fáctico, no jurídico: la facultad del tribunal arbitral de derivar las inferencias adversas que estime apropiadas de la negativa de una parte de cumplir con una orden del tribunal al momento de fundar y motivar el laudo.

Únicamente un juez puede obligar a una parte en un procedimiento o a un tercero a observar una medida precautoria o a presentar pruebas en un procedimiento, ya sea litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes,<sup>213</sup> —je inclusive en algunos casos a los árbitros!<sup>214</sup> — para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

La posibilidad de otorgar la facultad al tribunal de solicitar la asistencia de los tribunales nacionales para ejecutar una medida precautoria fue ventilada por los redactores de la Ley Modelo.<sup>215</sup> No obstante, la opinión prevaleciente fue en el sentido de que no debería adoptarse dicha medida a nivel de la Ley Modelo puesto que versaba sobre un aspecto relacionado con el derecho procesal nacional y, en específico, competencia judicial y era improbable que, en caso de incluir una disposición al respecto, ello fuera aprobado por varias jurisdicciones. Más aún, la facultad para ordenar medidas precautorias era ya valiosa, aún sin su ejecutabilidad judicial.<sup>216</sup>

La postura legislativa que puede seguirse al adoptar la Ley Modelo puede oscilar entre procurar la cooperación judicial al arbitraje mediante una disposición expresa al respecto, o no modificar el artículo en cuestión, en cuyo caso la posibilidad de asistencia judicial es un tema abierto y discutible puesto que la ausencia de disposición expresa al respecto necesariamente implica la proscripción de la misma.

Un aspecto práctico tratado por el grupo de trabajo fue la posibilidad de facultar al tribunal arbitral para requerir algún tipo de garantía por los costos de una medida precautoria que ordene y la posibilidad que dicha garantía abarque los daños y perjuicios que la medida pudiere causar.<sup>217</sup> La postura que prevaleció fue utilizar el término “garantía suficiente”<sup>218</sup> lo cual negaría cualquier límite implícito en la garantía para los costos de la medida precautoria. Por consiguiente, el texto actual abarca la posibilidad de que la garantía en cuestión prevea los daños de una parte a discreción del tribunal arbitral.

Un tema no tratado es la posibilidad de que una parte solicite una orden del tribunal arbitral y la otra parte solicite una orden contradictoria de un tribunal estatal en otro Estado. El grupo de trabajo decidió que dicho tema debería ser resuelto mediante la legislación local.<sup>219</sup> El derecho mexicano no establece nada al respecto. En mi opinión, en caso de dicho conflicto, debe prevalecer la competencia del tribunal arbitral para emitir la medida. La única excepción a ello lo puede ser el caso que la parte que solicita la medida precautoria pruebe que existe “urgencia”.

## 3. Obtención de Pruebas

En este contexto vale la pena mencionar un tema distinto, pero relacionado: la facultad de un tribunal arbitral de solicitar la asistencia judicial en la obtención y/o desahogo de pruebas. Es interesante notar que el derecho mexicano aplicable es avanzado al respecto

<sup>213</sup> Por ejemplo, Reino Unido (Artículo 43 de la *1996 Arbitration Act*); Estados Unidos (Sección 7 de la FAA de 1925 (9 U.S.C.A.§7)); Suecia (Sección 26 de la *1999 Swedish Arbitration Act* de 1999); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile*) es omiso al respecto, sin embargo, autores diversos consideran que es posible que las partes pueden solicitar ayuda a los tribunales y existen otros autores que opinan que el tribunal arbitral mismo puede solicitar dicha asistencia (Moreau). El tema no ha sido conclusivamente decidido y, por ende, es discutible.

<sup>214</sup> Reino Unido (Artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 (1996 Arbitration Act)) Estados Unidos (Sección 7 de la FAA (9 U.S.C.A.§7)); Suiza (Artículo 184(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado Suizo); Artículo 27 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 1444 del Código de Comercio de México y, hasta cierto punto, el Reino Unido (Artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 (1996 Arbitration Act))

<sup>215</sup> Doc. A/CN.9/245, para. 70.

<sup>216</sup> Aron Broches, *THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pg. 92.

<sup>217</sup> Curiosamente, la propuesta fue hecha por el delegado mexicano (Doc.A/CN.9/SR.316, para. 39); Broches, pg. 92.

<sup>218</sup> “Appropriate security” en inglés.

<sup>219</sup> Doc.A/CN.9/SR.316, para 36, Broches, pg. 91.

puesto que brinda el derecho tanto a las partes como al tribunal arbitral para solicitar la ayuda de los jueces nacionales en la obtención de pruebas. Al respecto, la ley mexicana de arbitraje establece que:

ARTICULO 1444.- El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, podrá solicitar la asistencia del juez para el desahogo de pruebas.

La razón que motivó dicho precepto fue evitar que el procedimiento arbitral se empantanara por la falta de poder del tribunal arbitral para obligar a la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección.<sup>220</sup> Para remediar dicha situación y brindar eficacia al procedimiento arbitral se estableció el deber de los tribunales locales de “prestar su imperio” en ayuda del arbitraje. Cómo tendría lugar esta ayuda es un tema que se define, resuelve y limita por el derecho procesal nacional.<sup>221</sup>

El que pueda no siempre debe traducirse en que deba. Existen diversos casos internacionales que sirven como ejemplo de situaciones en las que es cuestionable que los tribunales nacionales debieron haber interferido con el procedimiento arbitral.<sup>222</sup> Sin deseo de abundar en ello, vale la pena mencionar que un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservador al actuar y cerciorarse que la medida no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

b). Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral

La existencia de un acuerdo arbitral, y la atribución de jurisdicción para resolver la controversia que ello conlleva, no impide que las partes acudan, en forma excepcional, a solicitar la medida precautoria de un tribunal estatal.<sup>223</sup>

Es decir, la posibilidad de solicitar una medida precautoria de un tribunal estatal puede entenderse como una excepción al principio que *todas* las controversias (y los aspectos relacionados con las mismas—dentro de lo cual figuran las medidas precautorias) que surjan de una relación jurídica sujeta a un acuerdo arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, quedando los tribunales estatales (que en ausencia del acuerdo arbitral serían competentes) sin competencia para ventilar una controversia que derive de la relación jurídica citada.

La razón que motiva la excepción descrita es que las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias *urgentes* de tribunales cuando ello sea más eficiente.<sup>224</sup>

Se ha argumentado que el principio de no competencia de los tribunales estatales ante un acuerdo arbitral se extiende a las medidas precautorias que del mismo puedan tener que emitirse.<sup>225</sup> Más aún, si las partes decidieron acudir al arbitraje para solucionar sus diferencias, ello fue con conocimiento de las ventajas y desventajas<sup>226</sup> que ello acarrea y, por consiguiente, no debe permitirse que los tribunales estatales se inmiscuyan en el procedimiento. Estos argumentos no tienen cabida en derecho mexicano ya que la

<sup>220</sup> Broches, pg. 137.

<sup>221</sup> Es decir, con las medidas de apremio con las que cuenta el juez en cuestión, para lo cual hay que consultar el Código de Comercio. Lo anterior no es un caso de suplencia de la ley mexicana de arbitraje por el Código de Comercio puesto que se trata del régimen procesal (*lex fori*) del juez, no del árbitro.

<sup>222</sup> Por ejemplo el caso *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Ltd.* [1993] A.C. 334, en el cual los tres tribunales involucrados (el juez de primera instancia, la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y el *House of Lords*) emitieron respuestas distintas sobre la actitud que deben desplegar los tribunales locales ante la facultad de emitir medidas precautorias en apoyo al arbitraje. Para concluir la moraleja vale la pena recordar lo que sostuvo el *House of Lords* al respecto: “*It is true that mandatory interlocutory relief may be granted even where it substantially overlaps the final relief claimed (...) the court should approach the making of such an order with utmost caution and should be prepared to act only when the balance of advantage plainly favours the grant of relief. (...)*” (id. Pg. 367.) (“Es cierto que pueden emitirse medidas precautorias interlocutorias aún y cuando se traslapen en forma substancial con las peticiones solicitadas por las partes (...) las cortes deben tener cuidado extremo al afrontar la emisión de una orden de dicha naturaleza y deben actuar únicamente cuando el saldo de las ventajas favorezca el otorgamiento de la medida. (...)” (traducción del autor).

<sup>223</sup> Artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>224</sup> Ya sea por que el tribunal no se haya constituido o porque son inmediatamente ejecutables, a diferencia de las medidas dictadas por tribunales arbitrales, cuya ejecutabilidad esta sujeta a matices que se comentarán con posterioridad.

<sup>225</sup> El actuar en forma distinta sería contrario al artículo II.3 de la Convención de Nueva York que exige que los tribunales estatales se abstengan de conocer sobre una controversia ante un acuerdo arbitral.

<sup>226</sup> Una de las desventajas sería el renunciar a las posibilidad de obtener medidas precautorias inmediatamente ejecutables.



posibilidad de acudir a tribunales mexicanos aún en presencia de un acuerdo arbitral está expresamente contemplada por la ley arbitral mexicana.

Como lo establece el artículo 1425 del Código de Comercio, las partes pueden, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, solicitar medidas precautorias de un juez mexicano. Las razones que motivan el precepto son obvias: el tribunal arbitral es inexistente. Si aún no se ha constituido el tribunal arbitral, es natural que las partes puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar las medidas que juzguen urgentes en relación con el arbitraje prospectivo.

Lo que no es tan claro es cuándo proceden las medidas precautorias solicitadas. Es decir, qué requisitos debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. La ley mexicana de arbitraje (Libro Cuarto de Título Quinto) no establece nada al respecto. Ello se abordará en la sección D de éste apartado.

#### c). Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el tribunal arbitral

El artículo 1425 del Código de Comercio también establece que un juez mexicano puede emitir medidas precautorias durante la existencia de actuaciones arbitrales.<sup>227</sup>

La facultad citada, si bien a primera impresión curiosa,<sup>228</sup> tiene su origen en un estudio que los redactores de la Ley Modelo realizaron sobre las decisiones judiciales al amparo de la Convención de Nueva York sobre la posibilidad de que tribunales estatales emitieran medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral. El estudio demostró que existía falta de uniformidad al respecto ya que mientras que algunos se rehusaban a hacerlo (como resultado del temor que las mismas impedirían el desarrollo eficiente y expedito del procedimiento arbitral), otros tribunales las emitían (con base en la noción que, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, aseguraban que el laudo arbitral fuera ejecutable preservando el objeto de la controversia o los activos de una de las partes).<sup>229</sup> Entendido lo anterior la postura de los redactores de la Ley Modelo fue que la emisión de medidas precautorias por jueces locales no es incompatible con el arbitraje.<sup>230</sup>

El principio fue reflejado en el artículo 9 de la Ley Modelo —antecedente del artículo 1425 del Código de Comercio—. Dicho precepto no establece qué medidas pueden emitirse; ello le corresponde al derecho y tribunales locales definir. Lo que deja claro es que no está limitado a medida alguna. Más aún, el artículo 1425 es más amplio que el artículo 1433 ya que el segundo versa sobre la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias, misma que está limitada en la forma que detalló con anterioridad.

#### d). Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje

Una vez mencionado en qué casos puede acudir a un juez nacional para solicitar una medida precautoria en asistencia del arbitraje, procederé a explorar los requisitos que debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. Habiendo mencionado la facultad de tribunales nacionales para emitir medidas que coadyuven con el arbitraje, necesariamente surge la pregunta sobre cuándo debe ejercerse dicha facultad.

Como se mencionó con anterioridad, la ley mexicana de arbitraje no establece nada al respecto. Por consiguiente, existen dos opciones que pueden adoptarse con la finalidad de integrar dicha laguna: (a) acudir al Código de Comercio y utilizar la regulación sobre medidas precautorias en el mismo como supletoria de la ley de arbitraje; o (b) no acudir a derecho procesal alguno como supletorio e interpretar las facultades del juez bajo el artículo 1425 como independientes. A continuación abordaré cada una.

##### a) Código de Comercio como derecho procesal supletorio

Dado que el tema que se trata versa sobre el derecho procesal mercantil, el paso natural parecería ser analizar los requisitos de procedencia de las medidas precautorias bajo el Código de Comercio.

<sup>227</sup> En específico, el artículo citado establece que *“Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.”* (énfasis añadido)

<sup>228</sup> Por no calificarla como *contradictoria* con el principio que una vez constituido el tribunal arbitral es ante éste que deberían ventilarse las solicitudes de medidas precautorias.

<sup>229</sup> Secretariat Study on the N.Y. Convention, A/CN.9/168, para. 29, pgs. 333-334.

<sup>230</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Juris Publishers, Deventer/Boston, pg. 332.

El lector podrá —con debida razón— cuestionar el salto supletorio que estoy realizando puesto que, como regla general, *el Código de Comercio no es supletorio de la ley mexicana de arbitraje*.<sup>231</sup> La razón que motiva dicho paso a efecto de integrar la ley mexicana de arbitraje lo constituye que así fue diseñada la Ley Modelo. Los redactores de la Ley Modelo contemplaron y ventilaron el aspecto relativo a la posibilidad de incluir en la Ley Modelo los requisitos que debe exigir un tribunal nacional a efecto de emitir una medida precautoria. La decisión que se tomó fue que, en virtud de que se está en presencia del delicado tema de la relación tribunal arbitral-tribunal estatal, y tomando en consideración que el tema formaba parte del derecho procesal de cada jurisdicción, la solución que se decidió implementar fue no abordar dichos requisitos en la Ley Modelo, dejando para ello que dicho aspecto fuera regido por el derecho procesal local.<sup>232</sup>

Las medidas precautorias están reguladas en el Capítulo XI, Título Primero, Libro Quinto, artículos 1168 a 1193 del Código de Comercio. En el mismo se contemplan *únicamente*<sup>233</sup> las siguientes medidas:<sup>234</sup> el secuestro y el arraigo.

El *secuestro* procede en cualquiera de los siguientes dos hipótesis:<sup>235</sup>

- **En acciones reales:** cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.
- **En acciones personales:** cuando el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

El *arraigo* procede cuando hubiere temor de que se ausente ú oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.<sup>236</sup>

Acerca de los requisitos, lo único que establece el Código de Comercio son *derecho y necesidad*.<sup>237</sup> Es decir, al momento de presentar la solicitud de una de las medidas precautorias mencionadas, el actor deberá acreditar que tiene *derecho* a las mismas y que las mismas son *necesarias*, dadas las circunstancias, para evitar que suceda el resultado que motiva la medida que se esté solicitando. Por ejemplo, en caso de que se tema que se oculten los bienes suficientes para satisfacer el laudo que —en su caso— eventualmente emanará del procedimiento arbitral, el actor podría solicitar que se ordene el secuestro de bienes de los cuales es propietario el demandado.

---

<sup>231</sup> El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (que en éste estudio he llamado en forma abreviada como “la ley mexicana de arbitraje”) es un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio no obstante su inclusión en el mismo. Así fue diseñado y hubiera sido útil, que al momento de adoptarse, se hubiera hecho como una ley especial, como fue el caso con la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, y demás leyes mercantiles especiales. Sin embargo, por “simplicidad” se incluyó dicha ley en el (en ese entonces) vacío existente en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Este paso, si bien inofensivo en principio, ha acarreado el desafortunado resultado que con frecuencia se interpreta la ley mexicana de arbitraje como un juicio más regulado por el Código de Comercio y, por consiguiente, es regido por las reglas y principios generales en él incluidos (por ejemplo, recursos, pruebas, etc.). Lo anterior ha creado confusión e interpretaciones incorrectas. Más aún, estos errores interpretativos son el resultado natural de utilizar principios de hermenéutica jurídica con los que fuimos entrenados los abogados postulantes. Por de ejemplo, piénsese en el principio de interpretación jurídica encontrado en el artículo 1854 del Código Civil Federal. A su vez, el método exegético y sistemático de interpretación. Lo anterior magnificado por el hecho que el Título Cuarto en el cual se encuentra la ley mexicana de arbitraje, forma parte del Libro Quinto que versa sobre los juicios mercantiles (dentro de los cuales figuran el juicio ordinario mercantil y el ejecutivo mercantil). Sin embargo, y no obstante lo mencionado, una interpretación auténtica, histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos lleva a concluir que, para efectos de su interpretación e integración, es independiente de todo el resto, no sólo del Libro Quinto sino del Código de Comercio en su totalidad, como lo son otras leyes especiales mercantiles, y, por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

<sup>232</sup> Ver Holtzman and Neuhaus, pgs. 332-333, 734. Broches, pgs. 51-52 y 137-140.

<sup>233</sup> El Código de Comercio es tajante al respecto. El Artículo 1171 establece que “**No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código**, y que **exclusivamente** consistirán en el arraigo de la persona (...) y en el secuestro de bienes ...”. (énfasis añadido)

<sup>234</sup> Artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

<sup>235</sup> Fracciones II y III del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>236</sup> Fracción I del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>237</sup> El Artículo 1172 establece que “El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el **derecho** que tiene para gestionar y la **necesidad** de la medida que solicita.”

Para contrarrestar la solicitud de la medida precautoria, el demandado puede dar fianza que sea suficiente a juicio del juez o probar que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.<sup>238</sup> No se aceptan excepciones distintas a las mencionadas.<sup>239</sup>

b) Facultades del juez mexicano en medidas precautorias son independientes

Como se adelantó, una segunda opción es interpretar que la facultad del juez mexicano bajo el artículo 1425 del Código de Comercio es independiente de la reglamentación de las medidas precautorias bajo el derecho procesal mercantil.

Si bien, por principio de cuentas, podría cuestionarse dicha postura bajo el argumento que el juez debe fundar y motivar su actuar, y el régimen aplicable a dichas medidas en materia mercantil esta contenido en el Código de Comercio,<sup>240</sup> también es cierto que podría interpretarse el artículo 1425 como *lex specialis* que prevalece sobre la ley general mercantil. De ser el caso, surge la pregunta acerca de cuáles son los requisitos aplicables a la emisión de la medida precautoria y el resto del régimen aplicable a la misma, puesto que dicho precepto no establece nada al respecto.<sup>241</sup> En respuesta, podría sostenerse que es una facultad discrecional, intencionalmente dejada amplia a efecto de que el juez mexicano tome todas las medidas que considere apropiadas dadas las circunstancias al cumplir con su deber de brindar apoyo al arbitraje.<sup>242</sup>

Si bien aún no hay jurisprudencia que esclarezca lo anterior, el autor tiene conocimiento de un caso que vale la pena comentar. Un juez mexicano recientemente emitió una medida precautoria con fundamento en el artículo 1425 en la cual ordenó a una de las partes a que “*se abstenga de incumplir con los términos y condiciones que han regido [en el contrato], se abstenga de cobrar o endosar [...] pagarés que suscribieron a su favor para garantizar la operación de las actoras [...] y permita que la actora pueda operar normalmente como lo ha hecho desde [la celebración del contrato] ...*”.<sup>243</sup>

Es interesante notar las siguientes circunstancias:

- El juez que emitió esta medida citó como fundamento no sólo el artículo 1425 del Código de Comercio, sino también los artículos 1172, 1173, 1181, 1183, y 1189.
- Si bien en el contrato base de la acción existe un acuerdo arbitral, el arbitraje no ha comenzado.
- La decisión cita una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la que se establece que las medidas precautorias no son actos “privados”<sup>244</sup> puesto que no privan permanentemente de un derecho sino que son resoluciones provisionales que se caracterizan por ser accesorias y sumarias, cuyo objeto es prevenir el peligro de dilación, suplir interinamente la falta de una resolución que asegure su eficacia buscando restablecer el ordenamiento jurídico desaparecido provisionalmente por una situación que parece ser antijurídica. Por ende, no son un acto “privado” pues sus efectos provisionales quedan a resultados del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten donde el sujeto afectado podrá hacer valer su garantía de audiencia.

La decisión que comento tiene, en mi opinión, un aspecto positivo y uno negativo. El aspecto positivo es que se ha interpretado el régimen de facultades del juez mexicano en asistencia al arbitraje en forma más amplia que las que tiene bajo derecho procesal tradicional. Es aspecto negativo es que los pasos que el juez tomó son cuestionables. El juez emitió medidas con un alto costo comercial para una de las partes sin que fuera “necesario”.<sup>245</sup> Como se detalló con anterioridad, las medidas precautorias son herramientas extraordinarias que buscan evitar un daño irreparable. En el caso que comento, el “congelar” el pagaré parece ser una medida exagerada al no haber riesgo de daño irreparable ya que el beneficiario del pagaré es una compañía transnacional, con

<sup>238</sup> Artículo 1180 del Código de Comercio.

<sup>239</sup> Artículo 1183 del Código de Comercio.

<sup>240</sup> Artículos 1168 a 1193.

<sup>241</sup> El artículo sólo establece que “Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.”

<sup>242</sup> Esta postura tendría que solucionar una interrogante aún más seria y que no se abordará por rebazar el propósito del presente: la constitucionalidad de una facultad no reglada.

<sup>243</sup> Por razones de confidencialidad me abstengo de dar más datos que los necesarios para los fines académicos del presente.

<sup>244</sup> En mi opinión, “privativos” hubiera sido un mejor calificativo.

<sup>245</sup> Me refiero al requisito de “necesidad” contemplado en el artículo 1172 del Código de Comercio.

activos suficientes para respaldar un posible laudo en su contra. A su vez, el ordenar el no cobro del pagaré parece haber sacrificado la autonomía del mismo, un beneficio sacramental de dicho instrumento.

Por último creo necesario hacer notar que, no obstante que he hablado de dos posibles rutas<sup>246</sup> el paso tomado por el juez en el caso citado parece indicar que hay una tercera opción, la ecléctica: fundar la emisión de las medidas tanto el Código de Comercio como la ley de arbitraje (artículo 1425) a efecto de interpretar la facultad en términos más amplios que los tradicionalmente contenidos bajo el Código de Comercio.<sup>247</sup>

## VI. COMENTARIO FINAL

Como puede apreciarse de la disquisición anterior, el tema de las medidas precautorias es complejo en lo teórico y delicado en lo práctico. Si bien es una herramienta útil —y en ciertos casos indispensable— para la conducción y eficacia de un procedimiento arbitral, diversos factores hacen que pueda convertirse en una arma de dos filos.

La regulación actual en derecho mexicano es apropiada en lo que concierne a la facultad del tribunal arbitral de emitir las mismas, y deficiente en lo que se refiere a la facultad de un juez local de asistir al arbitraje mediante dichas medidas. Más aún, la (incipiente) experiencia actual es en ciertos aspectos plausible, y en otros denostable. Es plausible en lo que se refiere a la actitud pro-arbitraje que en ocasiones se ha observado, pero cuestionable en lo que concierne a lo laxo que los tribunales mexicanos han aplicado el requisito de “daño” o “necesidad”.

No obstante que se abundó sobre esto en el cuerpo de este estudio, vale la pena reiterar un punto: *si bien los jueces mexicanos tienen el deber de asistir al arbitraje, dicho deber es de carácter excepcional<sup>248</sup> y la emisión de una medida precautoria se justifica únicamente en circunstancias en las que, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer nugatoria su utilidad práctica. Si el daño que la no adopción de la medida genera puede resarcirse mediante una indemnización monetaria (daños y perjuicios) probablemente la medida precautoria sobra.*

Una solución práctica a la deficiencia apuntada es que los redactores de cláusulas arbitrales incluyan un párrafo como el siguiente en el acuerdo arbitral a efecto de obviar la necesidad de acudir a un juez estatal para obtener una medida precautoria con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral:

“Las partes acuerdan que cualquiera de ellas podrá solicitar una medida urgente con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral de conformidad con el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee (*ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure*) (el “Reglamento Referee CCI”). El incumplimiento por una de las partes de la orden del Referee bajo el Reglamento Referee CCI lo hará responsable por todos los daños y perjuicios que de ello se deriven.”

La experiencia extranjera nos brinda ejemplos positivos, negativos y lecciones generales que, no obstante que se derivan del estudio anterior, valen la pena enumerar ya que sería aconsejable aprender de los mismos en México:

Los siguientes pasos son generalmente considerados errores incurridos por

1. Interpretar que la solicitud de una medida precautoria constituye una renuncia al derecho a arbitrar.
2. Interpretar que el artículo II de la Convención de Nueva York precluye la emisión de medidas precautorias por jueces locales.
3. Intervención innecesaria por jueces estatales en las medidas que otorgan los tribunales arbitrales.
4. Interpretación laxa de los requisitos de “urgencia”, “necesidad” y/o “daño irreparable” como premisas de la emisión de una medida precautoria.
5. Propiciar *forum shopping* mediante la disparidad de tratamiento jurídico de situaciones fácticas similares.

<sup>246</sup> Utilizar el Código de Comercio como derecho supletorio o—disyuntivamente— ceñirse a la ley de arbitraje como un ordenamiento independiente.

<sup>247</sup> La medida es tan reciente que ni siquiera se ha impugnado, ni ordinaria ni extraordinariamente (juicio de amparo). Será interesante ver cual es el resultado del ejercicio de dichos recursos.

<sup>248</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

Al margen de los errores cometidos, existen aciertos que es necesario mencionar y emular:

1. Desechar medidas que buscan restar efecto al acuerdo arbitral.
2. Ejecución de órdenes arbitrales por tribunales nacionales, inclusive cuando el tribunal nacional carece de las mismas.

Por último, los siguientes son temas difíciles para los cuales se brinda una sugerencia:

1. En caso de contradicción entre órdenes de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales y tribunales estatales, debe prevalecer la del tribunal arbitral. Lo anterior debido a que el artículo 1425 del Código de Comercio es una facultad especial que busca abarcar un caso particular de la regla general consistente en que un tribunal arbitral tiene la facultad para decidir sobre *todas* las controversias y aspectos relacionados con las mismas (incluyendo la necesidad de emitir medidas precautorias).
2. Un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservado al actuar y cerciorarse que la emisión de una medida precautoria no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

Un historiador (Georges Santayana) en alguna ocasión advirtió que quienes no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo. Esperemos que la experiencia extranjera aquí descrita sirva para evitar dicha prevención.

## LA MEDIACIÓN PRIVADA EN MÉXICO.

*Conferencia pronunciada por:  
Lic. Carlos J. Mc Cadden M.  
II Coloquio Nacional de Justicia Alternativa  
Guanajuato, Guanajuato, 14-14:50  
horas del 22 de mayo de 2003.*

### I. Introducción.

Desde el punto de vista privado, la mediación es un método para resolver controversias comerciales amigablemente entre las partes en conflicto con la ayuda de un tercero a través de un procedimiento utilizable en contextos nacionales o internacionales, en el marco específico de una institución administradora.

Cuando el arreglo amigable es una solución deseable para las desavenencias comerciales, el proceso de mediación puede llevarse a cabo antes o durante un litigio judicial o arbitral.

Internacionalmente, la mediación ha tomado el nombre de ADR, del inglés *Alternative Dispute Resolution* (solución alternativa de disputas) o *Amicable Dispute Resolution* (solución amigable de disputas). El término “alternativo” en este contexto quiere decir que no se trata de un método adversarial en donde al final hay un vencedor y un vencido. Se trata de una solución en donde hay dos ganadores, pues para terminar con la controversia las partes se han hecho recíprocas concesiones.

Existen diversas instituciones en México que cuentan con reglamentos para este fin. Así encontramos el *Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)*, [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), el *Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)*, [www.arbitrajecanaco.com.mx](http://www.arbitrajecanaco.com.mx), y el *Reglamento de Mediación del Instituto Mexicano de Mediación*, [www.imm.org.mx](http://www.imm.org.mx), entre otros.

La mediación comercial es una herramienta que fortalece la actividad económica y facilita los negocios nacionales e internacionales. Estos reglamentos buscan proteger los intereses de los agentes económicos, son aceptables para la legislación mexicana y para países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos, y ofrecen a las partes un medio de resolver amigablemente las desavenencias que inevitablemente surgen en las relaciones comerciales de un modo conveniente a sus necesidades. Incluso, a veces permite que renazca una nueva relación, más sana; lo cual no se podría lograr con un mecanismo litigioso convencional, químicamente puro.

Se trata de un procedimiento mediante el cual las partes de una controversia efectúan, guiados por el mediador, negociaciones tendientes a identificar los puntos controvertidos y hacerse concesiones recíprocas para que de esa manera se alcance una solución a sus diferencias.

Son tres los elementos indispensables para que exista la mediación: i) el interés de las partes para negociar y no litigar sus diferencias, ii) los buenos oficios de un mediador con acreditada experiencia en mediación de controversias, y, iii) una clara disposición de las partes para encontrar una solución creativa a la controversia.

Las ventajas que la mediación ofrece frente a un procedimiento contencioso, son varias. Quizá la principal es que se preservan las relaciones de comerciales entre las partes en conflicto, lo cual no es despreciable pues a la comunidad empresarial lo que le interesa es la buena conducción de la actividad económica y no lo contrario. En efecto, la mediación permite que no haya un rompimiento entre las partes en conflicto y da una salida inteligente a las animadversiones. Otra ventaja es que la mediación procede conforme lo requieran las circunstancias del caso y se adapta a la posición e idiosincrasia de las partes, que en ocasiones pueden tener culturas o idiomas distintos. También elimina los tiempos y costos en que se incurre normalmente en los litigios judiciales o arbitrales. La mediación es un procedimiento más sencillo y corto que el contencioso, es privado y confidencial, evita que se de a conocer información privilegiada y que se genere publicidad adversa que pueda dañar el curso normal de los negocios.



Como sabemos la mediación es un procedimiento en el que el mediador propone una o más soluciones pero son las mismas partes quienes libremente deciden el modo de resolver los conflictos, se trata de una autocomposición y el espíritu que la anima es maximizar el control de las partes sobre el procedimiento. El mediador es un tercero distinto de las partes que no está legalmente facultado para imponer una solución, a diferencia de los litigios arbitrales o judiciales, que son por naturaleza procesos heterocompositivos.

Es obvio que el éxito de la mediación depende no sólo del ánimo (*animus*) de las partes sino en gran medida de las características personales del mediador. El tercero deberá poseer las habilidades profesionales y la experiencia exigida para detectar los puntos de la desavenencia, también deberá poseer las cualidades humanas que le permitan crear una atmósfera de confianza adecuada para instaurar y mantener un diálogo constructivo. El conciliador deberá ser imparcial, e independiente de las partes, al momento de su nombramiento y hasta el cese de sus funciones. No obstante, la flexibilidad de la mediación es tal que algunos reglamentos, como el de la CCI, prevén un tercero no independiente que goce de la confianza de las partes, siempre y cuando la elección haya sido tomada con conocimiento de causa. Esto, sin embargo, no impide que el nombramiento del tercero pueda ser objetado por una de las partes, siempre que ésta lo haga manifestando los motivos de dicha objeción.

Este tema es tan delicado que el Instituto Mexicano de la Mediación, A.C. cuenta con un *Código de ética para mediadores*, con el fin de garantizar no sólo el conocimiento técnico y práctico del mediador sino de orientarlo moralmente en su conducta.

Por último, están los reglamentos. Los principales reglamentos de mediación han sido redactados por instituciones tan serias como *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI), mejor conocida como UNCITRAL, y la *Cámara de Comercio Internacional* (CCI) que son instituciones que han buscado constantemente desde hace muchas décadas, fórmulas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales a escala mundial. Por tal motivo los reglamentos de las otras instituciones toman el texto directamente de lo que podríamos llamar reglamentos “originantes”. Éstos son el resultado de debates de expertos en solución de desavenencias y de representantes de la comunidad empresarial mundial. Además, han sido llevados, en cada uno de sus artículos, a la práctica en diversos casos a nivel mundial, probando así su nobleza y eficacia; lo cual ha generado una considerable cantidad de bibliografía, que podríamos catalogar como “jurisprudencia internacional” en torno a los reglamentos.

Así se añaden, al ánimo de negociar de las partes y la capacidad del conciliador, dos elementos adicionales para el éxito de la mediación, a saber, el reglamento y la institución administradora de la mediación. Es esta combinación la que garantiza el resultado, sin embargo ésta no es la única posibilidad pues existen mediaciones no institucionales y sin reglas formales.

## II. Inicio de la mediación.

Como dije anteriormente, cuando el arreglo amigable es una opción deseada por las partes para la solución de controversias comerciales, éste puede llevarse a cabo antes o durante un litigio judicial o arbitral.

La mediación institucional de controversias puede derivar de una relación contractual, u otro tipo de relación jurídica, o no derivar de una relación contractual:

a) Cuando existe previo acuerdo entre las partes de someter su desavenencia a una mediación y el procedimiento para alcanzar la solución no es administrado por una institución entonces el procedimiento es llamado *Ad hoc*. En cambio, cuando hay previo acuerdo para someter la controversia a reglas de una institución administradora de procedimientos, entonces se trata de una mediación administrada.

En el caso de que exista una cláusula contemplada en el reglamento de una institución administradora, la parte o partes que deseen iniciar este procedimiento deberán hacerlo de conformidad con los requisitos del reglamento de esa institución, lo cual incluye la designación del mediador.

b) Cuando no hay relación contractual, ni acuerdo de acudir algún reglamento pero sí existe el deseo de alguna de las partes de someterse a una mediación administrada, entonces la parte o partes que deseen someterse al reglamento de una institución entrarán en contacto con dicha institución e invitarán a la contraparte a que haga lo propio. Esta invitación podrá incluir cualquier propuesta sobre las características del mediador, aunque es obvio que todas las partes tendrán que designar conjuntamente a un tercero de conformidad al reglamento de la institución de su elección.

En este caso, si no hubiera respuesta alguna dentro del término fijado en la invitación o si hubiera una respuesta negativa, la solicitud se debe ser considerada como rechazada y el procedimiento no se iniciará.

### III. Cláusulas ADR propuestas por la CCI ¡Error! Marcador no definido.

Existe gran creatividad en la redacción de cláusulas de mediación que determina relación contractual que registrá a las partes en caso de controversia que se derive de un contrato comercial. A continuación presento las cuatro cláusulas que propone la *Cámara de Comercio Internacional* (CCI), pues considero que éstas son cláusulas modelo que resumen básicamente las variantes posibles:

Las cuatro cláusulas son susceptibles de ser incluidas por las partes en sus contratos. No constituyen cláusulas tipo, sino simples sugerencias que pueden adaptarse a las necesidades de las partes. Las partes y sus asesores deberán evaluar su exigibilidad jurídica en virtud del derecho aplicable al contrato. Estas cuatro cláusulas se presentan según un orden gradual por el número de obligaciones que asumen las partes:

#### a) ADR opcional:

“Las partes podrán, en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro procedimiento, intentar la solución de cualquier desavenencia que derive de este contrato o que guarden relación con él, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento ADR de la CCI.”

La primera cláusula prevé la posibilidad, mas no la obligación, para las partes de someter sus desavenencias al Reglamento de la CCI. Es, pues, puramente facultativa.

#### b) Obligación de considerar la posibilidad de recurrir al ADR:

“En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o que guarden relación con él, las partes se comprometen a discutir y considerar, en primer lugar, el recurso al procedimiento de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI.”

La segunda cláusula obliga a las partes a considerar someter sus desavenencias al Reglamento. Esta cláusula ya no es puramente facultativa, exige una discusión previa y conjunta sobre la posibilidad de comenzar un procedimiento. Mas, las partes conservan la libertad de no proseguir con esta posibilidad tras la discusión.

#### c) Obligación de recurrir al ADR y mecanismo automático de expiración:

“En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o que guarden relación con él, las partes se comprometen a someterlas al procedimiento de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de solución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, éstas se considerarán liberadas de cualquier obligación derivada de esta cláusula.”

La tercera cláusula obliga a las partes a someter al Reglamento cualquier desavenencia que derive de su contrato. La cláusula prevé que las partes no estarán obligadas a proseguir con el ADR más allá de los 45 días. Aunque dicho plazo puede prorrogarse por acuerdo escrito de las partes, es importante prever en una cláusula este tipo de mecanismo de expiración automática del procedimiento, pues permite a las partes saber precisamente a partir de cuando ya no quedan obligadas para seguir este procedimiento.

#### d) Obligación de recurrir al ADR seguido por arbitraje CCI en caso necesario:

“En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o que guarden relación con él, las partes se comprometen a someterlas al procedimiento de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de solución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, dichas desavenencias serán definitivamente resueltas de acuerdo con el

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de Arbitraje.”

La cuarta cláusula es idéntica a la tercera con la única diferencia de que en este caso queda expresamente prevista la obligación de acudir al arbitraje si la desavenencia no ha sido resuelta en un plazo de 45 días, salvo prórroga.

e) Cláusula tipo de arbitraje de la CCI dice:

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

#### **IV. Conducción del procedimiento.**

Una vez elegido el mediador y cumplidas las disposiciones relativas a los gastos institucionales y a los honorarios del tercero, normalmente se lleva a cabo una primera discusión entre el tercero y las partes con el objeto de (i) llegar a un acuerdo sobre la técnica que debe utilizarse para la solución de la desavenencia y (ii) definir el procedimiento específico a seguir.

Puede acudirse a un amplio abanico de técnicas de mediación. La CCI ha resumido las técnicas susceptibles de ser utilizadas de la siguiente manera:

- 1) La mediación en sentido estrecho;
- 2) La evaluación por un tercero neutral;
- 3) El mini-trial;
- 4) Cualquier otra técnica de solución; o
- 5) Una combinación de técnicas de solución.

Esta lista no es limitativa ni exhaustiva, pero ayuda a tener una idea clara respecto a las técnicas utilizadas.

**1) La mediación, en un sentido estrecho:**

En un sentido estrecho la mediación es la técnica según la cual un tercero neutral interviene como “facilitador” y ayuda a las partes a conseguir una solución a su desavenencia mediante la negociación. En principio, al tercero no se le pide una opinión sobre el fondo del asunto.

Con vistas a facilitar la búsqueda de un acuerdo amigable, el tercero se reúne, generalmente, con todas las partes o mantiene reuniones por separado con cada una de ellas. Estas reuniones permiten crear un clima propicio para la negociación, recabar la información necesaria, identificar los intereses de cada parte y ayudarlas a encontrar un terreno de entendimiento que les permita solucionar su desavenencia.

**2) Evaluación por un tercero neutral:**

Con esta fórmula las partes pueden pedir a un tercero neutral una opinión o una evaluación, sin fuerza obligatoria, sobre uno o varios puntos del fondo del asunto, así, por ejemplo, sobre:

- a. Una cuestión de hecho;
- b. Una cuestión técnica de cualquier tipo;
- c. Una cuestión jurídica;
- d. Una cuestión relativa a la aplicación legal a los hechos;
- e. Una cuestión relativa a la interpretación de una disposición contractual;
- f. Una cuestión relativa a la modificación de un contrato.

**3) El mini-trial (mini-juicio):**

Se trata de una especie de simulacro de juicio, con procedimiento y abogados de parte con el fin de llegar a lo que por lógica jurídica sería la solución de la controversia.

El *mini-trial* es la técnica que, en el seno de un grupo, reúne al tercero como “facilitador” y a un representante de cada parte de la desavenencia. En principio, los representantes deben estar facultados para obligar a la parte que los ha elegido y no deben haber estado directamente implicados en la controversia. Cada parte presenta al grupo su posición de forma concisa y breve. A continuación, el órgano colegiado trata de encontrar, en función de la situación, una solución aceptable para todas las partes o bien, según el caso, emite una opinión sobre las respectivas posiciones de las partes.

#### **4) Cualquier otra técnica:**

Las partes, en consulta con un tercero neutral, podrán acordar cualquier otra técnica de mediación adecuada que permita conseguir la solución amigable de la desavenencia.

#### **5) Una combinación de técnicas:**

Cabe la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento utilizando una combinación de técnicas. Por ejemplo, puede utilizarse la técnica de la mediación y, al mismo tiempo, solicitar del tercero neutral una opinión sobre un punto específico en el curso de una mediación.

Es importante tener siempre en mente que, sea cual sea la técnica elegida, las opiniones y las propuestas del tercero carecen de fuerza obligatoria para las partes. Sin embargo, las partes siempre tienen la facultad de comprometerse de común acuerdo a seguir la opinión, la evaluación o la recomendación del tercero. Es decir, siempre tienen el derecho pero nunca la obligación de comprometerse.

Una vez elegida la técnica, las partes deberán discutir el procedimiento específico, en este sentido la CCI recomienda incluir los siguientes elementos:

- Calendario procesal;
- Intercambio de documentos;
- Elaboración de memoriales;
- Identificación de las personas llamadas a tomar parte en el procedimiento;
- Reuniones entre las partes y el tercero;
- Otras vías o medios susceptibles de garantizar el buen desarrollo del procedimiento.

Una vez iniciado un procedimiento particular, la confidencialidad es un elemento importante, si no esencial. Es por ello que todos los reglamentos coinciden en garantizar la confidencialidad y el carácter privado, excepto, claro, cuando una parte este obligada a divulgar algún aspecto del procedimiento en virtud del derecho aplicable o cuando las partes deciden, de común acuerdo, que una parte o la totalidad del procedimiento no sea confidencial.

Sea cual sea la técnica de mediación elegida en el desarrollo del procedimiento, el tercero deberá tomar en consideración la voluntad de las partes, siempre y cuando se respeten los principios de equidad y de imparcialidad. Esto incluye la elección del o de los idiomas apropiados para el buen desarrollo del procedimiento y la elección del lugar donde se llevarán las reuniones.

## **V. Terminación de la mediación.**

El reglamento de UNCITRAL, que CANACO ha hecho suyo por medio de una adaptación, contempla cuatro posibilidades para la conclusión del procedimiento conciliatorio. El reglamento de la CCI contempla siete diferentes hechos que pueden poner fin a un procedimiento iniciado de acuerdo con el Reglamento, helos aquí:

- a) La firma por las partes de un acuerdo que ponga fin a su desavenencia.

Este acuerdo es obligatorio para las partes de conformidad con la ley aplicable, que puede ser elegida por las partes.

El acuerdo entre las partes mediante el cual se pone fin a la desavenencia normalmente no se comunica a la institución administradora con el fin de preservar su carácter confidencial.

b) La notificación escrita dirigida al tercero por lo menos por una de las partes comunicando que no desea continuar con el procedimiento. Esta notificación no podrá producirse hasta que haya tenido lugar la primera discusión entre el tercero y las partes.

La obligación de iniciar por lo menos la primera discusión se desprende del acuerdo entre las partes, no obstante el carácter amigable y consensual del procedimiento hace que cada una de las partes tenga el derecho de poner fin al procedimiento en cualquier momento después de esta primera discusión. En efecto, antes de la primera discusión con el tercero, las partes difícilmente pueden apreciar las posibilidades ofrecidas por el procedimiento.

c) La constatación por parte del tercero, comunicada por escrito a las partes, según la cual el procedimiento acordado por ellas en el momento de la primera discusión, o bien a continuación, ha concluido.

Esto permite la posibilidad de que el procedimiento finalice por otro motivo distinto a la firma de un acuerdo entre las partes. Como por ejemplo, si las partes han acordado simplemente obtener una opinión del tercero en el marco de una consulta, el procedimiento finalizará con la presentación de esta opinión y la notificación escrita del tercero al respecto.

d) La notificación escrita por el tercero a las partes, según la cual, en opinión de éste, el procedimiento no permitirá conseguir una resolución amigable de la desavenencia que las enfrenta.

Esto permite garantizar que el tercero tenga la posibilidad de poner fin al procedimiento en cualquier momento, si considera que no se reúnen las condiciones que permitan a las partes lograr la resolución amigable.

e) La expiración de los plazos fijados en el procedimiento. Las partes pueden acordar en una cláusula de su contrato base o en un acuerdo ulterior, que el procedimiento finalizará en un plazo determinado, salvo que las partes lo prorroguen. La fijación de un plazo puede ser útil para limitar la duración del procedimiento, favoreciendo así la rapidez, y permitiendo a las partes conocer el momento en que finalizará el procedimiento. Las partes prorrogarán este plazo de común acuerdo si desean proseguir el procedimiento.

f) La notificación por escrito de la institución administradora de que los pagos debidos, por una o varias de las partes en virtud, no se han efectuado en el plazo contado a partir de la fecha en que dichos pagos fueron exigibles.

g) La notificación por escrito de la institución administradora comunicando que, según su apreciación, (i) la designación de un tercero no se ha realizado o (ii) no ha sido razonablemente posible nombrar un tercero.

Es fundamental garantizar que la institución administradora, el tercero y las partes sean efectivamente notificados de la conclusión del procedimiento, pues pueden estar corriendo términos que impidan proseguir con otros procedimientos.

## **VI. Acuerdo de transacción.**

La mediación difiere del arbitraje y de los procedimientos judiciales, especialmente, en el hecho de que no conduce a una sentencia o a un laudo, impuesto por el mediador, de carácter ejecutable.

El procedimiento puede dar lugar a un acuerdo entre las partes que ponga fin a sus desavenencias y que sea de ejecución obligatoria para ellas en virtud del derecho aplicable a ese acuerdo. Sin embargo, la mediación también puede dar lugar a una opinión o a una evaluación emitida por el mediador que no tenga carácter obligatorio para las partes. Esto quiere decir que las partes pueden pactar que respetarán cualquier recomendación o decisión del conciliador, incluso cuando esta recomendación o decisión no sea carácter ejecutable por sí misma.

Por otra parte, si las partes llegan a un acuerdo en la resolución de la controversia, redactarán y firmarán un escrito en el que se recoja esa transacción. Este es el principal, si no el único, objetivo de la mediación, alcanzar un convenio que tenga una vinculación obligatoria para las partes, sin embargo, el que se logre este resultado depende en todo momento únicamente de la voluntad de las partes.

Al firmar las partes el acuerdo ponen fin a la controversia y quedan obligadas al cumplimiento del mismo. Este acuerdo es un contrato y puede exigirse el cumplimiento del mismo por la vía judicial o arbitral, si fue eso lo que se pactó. En estos casos, las partes y el tercero se comprometen a que el mediador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento de mediación. Asimismo, las partes se comprometen, a no llamar al tercero como testigo en ninguno de tales procedimientos.

Las partes no pueden invocar ni proponer como prueba en un procedimiento arbitral o judicial ni las opiniones expresadas relativas a una posible solución, ni los hechos que haya reconocido la otra parte en el proceso, así como tampoco la propuesta del conciliador o el hecho de que la otra parte haya estado dispuesta a aceptar una propuesta de solución.

## **VII. Conclusión.**

La mediación puede encontrar problemas. En algunos casos el mediador puede requerir de una enorme especialización. Además, carece de la rigidez procesal que garantice una resolución definitiva. Sin embargo, si las partes tienen interés y ánimo para resolver sus desavenencias por mediación sería una pena no aprovechar esta buena fe. Por ello debe existir un camino para los que no pueden o no quieren agotar el mecanismo procesal judicial o arbitral.

Por tanto, un método alternativo de solución de controversias comerciales, de naturaleza tanto internacional como nacional, que tenga como propósito alcanzar formalmente una transacción, que si bien no tiene carácter de sentencia ejecutoriada ni de laudo arbitral ejecutable pero que, no obstante, puede ser de naturaleza vinculante para las partes, puede resultar una herramienta necesaria para la comunidad empresarial nacional e internacional y aunque no es de naturaleza gratuita, sin embargo, puede ahorrar tiempo y dinero a las partes involucradas. Por ello doy la bienvenida a otros mecanismos alternativos como la “*Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato*”, carentes de rigidez procesal, más rápidos y económicos que puede poner fin a una controversia. Muchas gracias.



## MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

*Por: Lic. Jesús Moreno Mendoza  
BM&A  
Av. Vasco de Quiroga 1900 - 103  
Col. Ctro. Santa Fe  
01210 México D.F.  
Tel: (55) 5292-2252  
Fax: (55) 5292-2251*

La problemática que plantean las medidas cautelares en el proceso arbitral no está tanto referida a las medidas en sí mismas cuanto a las facultades del árbitro para ordenarlas, esto es, si está o no autorizado para imponerlas, o si está facultado para hacerlo. Es por eso que el tratamiento del tema requiera analizar la naturaleza jurídica del arbitraje. Concretamente, si el árbitro está dotado o no de jurisdicción.

Por ello el análisis debe comenzar por la jurisdicción.

La jurisdicción puede ser analizada desde un punto de vista estático o desde un punto de vista dinámico.

Desde el punto de vista estático, la estudiamos como poder, en tanto que desde el punto de vista dinámico lo haremos como función.

Desde el punto de vista estático, tradicionalmente se ha entendido a la jurisdicción como la potestad (imperio) del Estado, emanada de la soberanía y ejercida por órganos determinados, dentro del ámbito de su territorio, para resolver las causas o los casos que les son llevadas a su jurisdicción.

Se trata de una potestad o jurisdicción y no de un poder porque, reunidas las condiciones exigidas por la ley, su ejercicio no es facultativo para los órganos estatales, sino por el contrario es obligatorio. Es una emanación de la soberanía porque la realización coactiva del derecho ha sido desplazada, como regla, de los particulares hacia el Estado, aun cuando éste, en cuanto persona o ente jurídico, deba requerirla. Es lo que se conoce como principio de oficialidad en virtud del cual se prohíbe a los particulares hacerse justicia por mano propia ( artículo 17 de la Constitución Federal), salvo en casos excepcionales, expresamente previstos por el orden jurídico, o por las partes, que se fundan en que, por la urgencia que plantea la situación de hecho, resulte tardía la intervención de los órganos estatales.

Las condiciones exigidas por la ley para el ejercicio de la jurisdicción, surgen del concepto que hemos propuesto, esto es, la territorialidad, la excitación extraña, el caso concreto y la ley prevista.

La territorialidad significa que, siendo una potestad que emana de la soberanía, la jurisdicción sólo puede ejercerse dentro del territorio del Estado. Como correlato, están imperativamente sometidas a ella todas las personas que lo habitan –sean nacionales o extranjeras- y las cosas –tanto materiales cuanto inmateriales- localizadas dentro de ese territorio.

La potestad jurisdiccional no es ejercida de oficio sino que se requiere de la petición, del ejercicio de la acción, por una persona distinta al juez, aunque ella sea el propio Estado. Para garantizar la imparcialidad del juzgador.

El caso concreto se configura cuando el sujeto que requiere la actuación del órgano jurisdiccional afirma la existencia de la violación de un derecho o de un interés, público o privado, que se muestra como real y actual, reclamando su solución con ajuste a las normas jurídicas. Las cosas deberán permanecer en el estado que guardan, esto es la actualidad de la cuestión, debe subsistir al tiempo en que se dicte la admisión del de la reclamación. A la jurisdicción le está vedado entender en casos abstractos porque en tales supuestos no cumpliría la función de resolver definitivamente el conflicto desde que éste todavía no se habría configurado. La jurisdicción, salvo casos expresamente previstos, no cumple una tarea preventiva sino reparadora.

La ley prevé, que el caso concreto debe estar dotado de juridicidad, esto es, que se afirme la violación de un derecho amparado por el orden jurídico considerado en su integridad, aunque no exista “ley” en un sentido estricto desde el punto de vista técnico.

La jurisdicción está constituida por diversos elementos o facultades, indispensables para el cumplimiento de su finalidad. Ellos son:

- a) la *notio*, o facultad de conocer la cuestión litigiosa;
- b) la *vocatio*, o facultad de convocar a las partes a comparecer a juicio;
- c) la *coertio*, o facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, sea mediante la aplicación de una sanción;
- d) la *iudicium*, o facultad de resolver definitivamente, mediante la sentencia, el conflicto llevado a su conocimiento, y
- e) la *executio*, o facultad de hacer cumplir las resoluciones definitivas, inclusive mediante el uso de la fuerza pública.

Los caracteres de la jurisdicción son:

- a) Autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente;
- b) Exclusiva y excluyente, porque sólo el Estado puede ejercerla y, además, porque cada Estado lo hace con prescindencia y exclusión de los demás;
- c) Única porque es único el poder del que emana. En este sentido, no se concibe un organismo con más o menos jurisdicción, o con una fracción de jurisdicción, sin que obste a esta conclusión las reglas de competencia, porque éstas responden a un principio de división de trabajo y de especialización para una mejor administración de justicia. Dentro de su competencia, cada juez ejerce la jurisdicción integralmente considerada;
- d) Inderogable, porque tratándose de una potestad que emana de la soberanía, los particulares carecen de facultad para disponer de ella;
- e) Indelegable, porque sólo puede ejercerla el órgano al que le ha sido conferida;
- f) Pública. El carácter público de la jurisdicción se asienta, por una parte, en que se trata de un poder del Estado que es ejercido por órganos públicos, y por otro, en que tiene como finalidad satisfacer un interés eminentemente público, cual es la vigencia irrestricta del ordenamiento jurídico y, como consecuencia de ello, el mantenimiento de la paz social mediante la solución pacífica de los conflictos de intereses jurídicamente tutelados que se suscitan, entre los particulares entre sí o entre éstos y el propio Estado. Así, la jurisdicción se erige como una garantía de la dignidad y de las libertades individuales de las personas, y como consecuencia de ello, resulta ser una valla a los desbordes de poder.

Desde el punto de vista dinámico, el análisis de la jurisdicción jurisdiccional traduce en el estudio de la función jurisdiccional, a la que podemos conceptuar como la actividad que realiza el Estado a través de órganos públicos predispuestos y mediante un procedimiento legalmente regulado, para la efectiva vigencia del orden jurídico. Como función primordial del Estado, tiende o debe tender a la satisfacción del bien común.

Su principal característica es que, en el ejercicio de esta función, los órganos encargados actúan en una posición imparcial, suprapartes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. Se distingue así de la función administrativa.

El procedimiento legalmente regulado tiene por objetivo resguardar la inviolabilidad de la defensa y la igualdad de las partes en la sustanciación del procedimiento, evitando la arbitrariedad en los pronunciamientos.

La finalidad es la efectiva vigencia del orden jurídico. Hablamos de una función de realización indirecta de derecho objetivo, que para ser ejercitada requiere de la existencia de normas ejecutables, que son, las que integran ese orden, esto es, las que establecen las conductas prohibidas y las impuestas. Enmarcadas entre las prohibidas y las impuestas, se ubican las conductas permitidas. De esto se desprende el carácter secundario de la función jurisdiccional, no en orden a importancia sino a que previamente el propio Estado ha de haber ejercitado la función legislativa, dictando las normas que constituyen el derecho positivo, el orden jurídico.

Las normas que conforman el orden jurídico son generales y abstractas. Por consiguiente, la función jurisdiccional es integradora de ese orden, ya que mediante su actuación se obtiene una declaración de certeza, certeza jurídica, acerca de la existencia del derecho invocado, que surge de la concordancia o discordancia de una conducta concreta con la previsión que, en abstracto, contiene la norma. Es por ello que esta función se ejerce en tres “momentos”:

- a) Cognoscitivo, en el que el órgano jurisdiccional conoce de la conducta, los hechos afirmados como fundamento el o las pretensiones hechas valer en el proceso y sus circunstancias de tiempo, de lugar y de modo. Este “momento”, entonces, abarca toda la sustanciación del proceso, desde que se inicia hasta el momento de ser decidido;
- b) Resolutivo, en el que produce la declaración de certeza (positiva o negativa) respecto del derecho invocado. Arriba a esta declaración mediante una serie concatenada de razonamientos regidos por las leyes de la lógica formal en virtud de

los cuales se subsume la plataforma del caso concreto sometido a juzgamiento, interpretándola. Contiene un mandato e importa una manifestación de voluntad institucional, que constituye la solución jurídica que el Estado da al caso. Con ella se actúa el derecho objetivo y, a su vez, se lo integra;

- c) Ejecutivo, en el que el órgano jurisdiccional cumple y hace cumplir todas las actuaciones necesarias para la materialización del mandato contenido en la resolución.

Cabe advertir que no toda resolución jurisdiccional es ejecutable. No lo es cuando rechaza la pretensión o cuando ésta se satisface con la mera declaración. La resolución será ejecutable en la medida que imponga a una persona el cumplimiento de una conducta determinada, positiva o negativa.

Tampoco habrá “momento ejecutivo” cuando el obligado (sentenciado) acata el mandato y lo satisface sin necesidad de la realización de actos compulsorios.

De lo dicho se desprende que el ejercicio de la *executio* o el cumplimiento del mandato *ejecutivo* es eventual, según sea el contenido de la manifestación de la voluntad del Estado contenida en la decisión, o la actitud que asuma el obligado frente al mandato. Pero ello no significa que la facultad no esté contenida en la jurisdicción, o el momento en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Hecho el análisis precedente, debemos ahora ocuparnos del arbitraje y estudiar la naturaleza jurídica de la facultad que ejercen los árbitros. Se trata de determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción.

El arbitraje es una suerte de administración de justicia privada. Mediante él se sustituye la intervención del juez-funcionario del Estado para el conocimiento y decisión del conflicto, por un particular; denominado “árbitro”.

El proceso arbitral puede ser el resultado de un acuerdo de voluntades o estar impuesto por la ley. En el primer caso, el acuerdo puede estar previsto en el contrato o pactarse una vez iniciado el proceso judicial. En el segundo, la ley lo impone.

En uno y otro caso el árbitro es designado, seleccionado, convenida, pre acordado, ..., pero siempre, por acuerdo de partes. En la elección puede tenerse en cuenta a una persona considerada en sí misma, como pueden serlo los integrantes de los tribunales arbitrales creados por las cámaras empresarias. La designación también puede recaer sobre un juez estatal, pero en tal supuesto éste no actuará en el carácter de tal sino en el de árbitro.

Tanto el Código de Comercio como el de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal facultan al juez a designar de oficio al árbitro en caso de que las partes no arriben a un acuerdo para hacerlo.

La naturaleza jurídica de este instituto ha dividido a la doctrina doctrinarios y demás proclives al arbitraje como solución a los conflictos entre partes.

Para una parte, se trata de una institución de naturaleza privada, porque está sujeta al acuerdo de partes, por lo que las facultades del árbitro estarán siempre delimitadas por el pacto.

Para otra, se trata de una institución de naturaleza pública porque ella está permitida por la ley, y en algunos casos, los menos, impuesta por ella, de manera que las facultades de los árbitros no emergen del pacto sino de la ley, que es la que determina el ámbito de actuación de aquellos y los alcances de su decisión.

Finalmente, una tercera postura entiende que se trata de una institución de naturaleza mixta, porque la institución está permitida por la ley, y en algunos casos –reiteramos- impuesta por ella. Por consiguiente, si bien el sometimiento al proceso arbitral, en el voluntario, reconoce como fundamento el acuerdo de voluntades, las facultades de los árbitros para decidir la cuestión de fondo no emerge del pacto sino de la ley. Para esta postura, puede afirmarse que los árbitros ejercen jurisdicción, aunque acotada porque –por tratarse de particulares y no de funcionarios estatales- carecen de *coertio* y de *executio*, facultades que, solo, son propias del Estado por lo que su ejercicio es indelegable.

En lo sustancial, tanto el proceso arbitral como el jurisdiccional son instrumentos para la solución pacífica de conflictos entre partes y, por consiguiente, en uno y otro caso está directamente comprometido el interés público. Ambos constituyen un sistema de heterocomposición, en cuanto a que la solución del conflicto no se obtiene mediante el acuerdo de voluntades de los adversarios, sino que es impuesta por la decisión que adopta un tercero, que necesariamente debe actuar imparcialmente, mediante un proceso

que debe respetar los principios de la regularidad del trámite, la igualdad de las partes, la inviolabilidad de la defensa y del juez natural. En uno y otro la decisión se alcanza mediante una declaración de certeza, positiva o negativa, que contiene un mandato.

Esa declaración de certeza, tanto en el proceso arbitral cuanto en el jurisdiccional, se obtiene actuando el derecho objetivo, aun en el supuesto en que los árbitros resuelvan *ex aequo et bono*, esto es, subsumiendo el caso en la norma jurídica, lo que implica interpretarla y aplicarla. Esto significa que en uno y otro hay un momento cognoscitivo y un momento resolutorio o decisorio.

La fórmula latina significa que los árbitros, cuando actúan como “amigables componedores”, gozan de una mayor elasticidad para la apreciación de la prueba y la interpretación de la norma, pero en manera alguna pueden apartarse de la disposición jurídica objetiva.

Finalmente, tanto la actuación de los órganos jurisdiccionales como la de los arbitrales están reguladas por la ley, más específicamente, por la ley procesal, sin perjuicio de las modificaciones procedimentales que la norma admite en estos últimos.

Como vemos, hasta aquí no hay distinciones entre la actuación de los jueces y de los árbitros.

Las diferencias se advierten en la naturaleza de los conflictos de intereses jurídicos que pueden ser sometidos a conocimiento y decisión de los órganos arbitrales y de los órganos jurisdiccionales, en las condiciones que debe reunir la persona del juzgador y en la forma de su designación.

Respecto de los primeros, sólo pueden someterse a juicio de árbitros aquellos conflictos en que están en juego derechos o intereses disponibles. Así lo disponen tanto el Código Procesal Civil, como el Código de Comercio, en cuanto excluyen aquellas causas que no pueden ser objeto de transacción.

Esto es así porque, en las cuestiones en las que la legislación sustantiva no permite la transacción, las partes no tienen facultad de libre disposición por estar comprometido directamente el orden público.

Correlativamente, porque sólo pueden someterse a decisión de árbitros cuestiones que versen sobre derechos o intereses disponibles, sólo pueden comprometerse en arbitraje las personas que pueden transigir, esto es que gocen de capacidad plena, es decir, que tengan la libre disponibilidad de sus derechos.

Obviamente, no hay limitaciones –ni puede haberlas- en la naturaleza de los conflictos jurídicos que pueden someterse a conocimiento y decisión de los órganos jurisdiccionales. Tampoco hay limitaciones en cuanto a las personas que pueden pretender, o ser pretendidas, ante el órgano jurisdiccional.

Respecto de lo segundo, en tanto la jurisdicción es un poder-deber del Estado, la Constitución Política se ocupa de regular las condiciones que debe reunir la persona encargada de ejercer la función jurisdiccional. Así, es necesario ser abogado, tener una determinada edad mínima y un tiempo mínimo de ejercicio profesional, experiencia en el Poder Judicial.

Por regla, para ser árbitro sólo se exige ser mayor de edad y estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Evidentemente que sepan leer y escribir. Obviamente, los árbitros no están sometidos a las prohibiciones que rigen para los jueces.

Respecto de lo tercero, en tanto la designación de los jueces debe realizarse siguiendo un procedimiento legal, formal, diríamos casi ritual, y legalmente regulado, la de los árbitros sólo requiere el acuerdo de voluntades de las partes.

La designación de los jueces es permanente, esto es, una vez que asume el cargo permanece en él mientras dure su nombramiento o designación o hasta que medie una causa determinada que provoque su remoción.

Con algunas excepciones, la designación de los árbitros es *ad oct*, esto es, para una causa concreta. Dictado el laudo, caduca la designación por agotamiento de su objeto.

Ya hemos dicho que el arbitraje es un método de heterocomposición para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses respecto de los cuales las partes tienen la libre disponibilidad, prevista –y en algunos casos, impuesta- por la ley, por lo que la facultad de los árbitros para decidir emerge de la norma y no de la voluntad de las partes. Ellos actúan en el carácter de terceros imparciales y, por lo tanto, no están sujetos a instrucciones de las partes en orden al contenido del laudo. Además, el pronunciamiento de los árbitros se dicta actuando el derecho, esto es, aplicando la ley al caso concreto, con lo que tiene el carácter

de “definitivo”, en el sentido de que “define” el derecho de las partes, y también en el sentido de que soluciona el conflicto que le dio origen, concluyendo para siempre el debate. Por ello, el laudo no es un mero dictamen sino una decisión cuyo cumplimiento resulta obligatorio para las partes.

Teniendo en cuenta las características apuntadas, pueden concluirse válidamente en que los árbitros ejercen jurisdicción.

Realizado el estudio precedente, y esperando haber agotado su paciencia, ingresamos al estudio de las medidas cautelares en el proceso arbitral.

Las medidas cautelares tienen como finalidad: que el titular de un derecho subjetivo, asegure oportunamente su ejercicio; en la especie, lo que se solicita, son Medidas Cautelares Negativas, es decir, aquellas por las que se procura, ante todo, impedir la modificación del estado que guardan las cosas existentes al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño, que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo surge, de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que lo detienen.

Las razones de interés público para que la controversia deba ser provisionalmente arreglada, mediante el mantenimiento del estado de hecho, son fundamentalmente dos: La primera se refiere a la eliminación de la defensa privada, precisamente por el interés público que se hace consistir, en que si un estado de hecho no es conforme a Derecho, el cambio del mismo no se pueda conseguir sino por orden del Arbitro y con el aval de la autoridad competente. Por ello, cuando antes o durante el procedimiento se produzca esto por producirse, dicho cambio por obra de una de las partes: el orden jurídico aporta los medios para mantener o restablecer el estado de hecho anterior. La segunda se refiere a que este proceso de mantenimiento, o en su caso, de reintegración no miran al accertamiento, ni de una relación jurídica, ni de una responsabilidad, sino exclusivamente a la conservación de un estado de hecho y, por ello, el arreglo provisional de un conflicto de intereses, respecto de los cuales sea el proceso petitorio, el que diga la última palabra.

Es preciso arrancar del principio, de que el buen éxito del proceso, tanto desde el punto de vista del conocimiento, como de la ejecución, depende, por lo que atañe a su propia posibilidad o al menos a su plenitud, de una serie de circunstancias materiales, sin cuyo concurso la resolución o la ejecución fallarían total o parcialmente a esa finalidad. Precisamente, la distribución de tales circunstancias puede presentarse de tal modo, que constituya a favor de una de las partes una posición de superioridad y, por tanto, una fuente de desequilibrio durante la marcha del proceso.

En resumen son aquellas que se adoptan a fin de asegurar los bienes en litigio o la prueba o a mantener la situación fáctica o jurídica existente al tiempo de la promoción de la demanda (El statu quo), o a modificar provisoriamente una situación fáctica o jurídica ( medidas innovativas), o a garantizar la seguridad de las personas (El depósito del bien en riesgo material o moral), o a garantizar el resultado económico del proceso ( el embargo).

Todas ellas reconocen como fundamento la necesidad de evitar un perjuicio, de hecho, fáctico o jurídico, a los litigantes, teniendo en cuenta el tiempo que necesariamente transcurre entre el ejercicio de la acción y la resolución definitiva que pone fin al proceso, y también no tornar ilusorio el cumplimiento del mandato contenido en la sentencia. o laudo arbitral. Es por esto que sus características principales son las de ser provisorias, por cuanto se mantienen hasta la finalización del proceso en el que se ordenaron; no causar estado y, por ello, pueden ser dejadas sin efecto si cambia la situación de hecho o de derecho que justificó su adopción, y ser sustituibles unas por otras en la medida en que se adecuen al objeto sobre las que recaen y a la finalidad perseguida con ellas. También por esto, tradicionalmente la doctrina ha establecido como requisitos para su procedencia la verosimilitud del derecho invocado por quien la solicita, el peligro en la demora en adoptarlas y en algunos casos la fianza suficiente.

Por su propia naturaleza, estas medidas se ordenan y ejecutan *inaudita parte*. Esto no significa quebrar el contradictorio sino postergarlo para un momento posterior. Una vez que la medida ha sido efectivizada, el efecto podrá discutir tanto su adopción cuanto su extensión.

La facultad de los órganos jurisdiccionales de ordenar medidas cautelares es propia del poder que ejercen. Se trata de una manifestación de la soberanía a través del ejercicio de la función jurisdiccional. Son órganos estatales que ejercen un poder que pertenece al Estado, por lo que –en definitiva- es el propio Estado el que lo hace.

Ahora bien, este poder implica la posibilidad de ordenar y ejecutar todas las medidas necesarias, inclusive mediante el uso de la fuerza pública, para el efectivo cumplimiento de lo dispuesto.

La interrogante es si el ejercicio de tales facultades puede ser conferido por el Estado a personas u organismos que no lo integran, esto es, a particulares.

El Estado moderno asume el monopolio del uso de la fuerza tanto desde el punto de vista jurídico cuanto físico y es por eso que en la legislación vigente los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio*, y, por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar sus pronunciamientos definitivos, lo que en ambos casos son derivados al juez.

Debemos adoptar un sistema que podríamos llamar mixto, porque: “En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste”, pero incluir en la misma norma que “Para la ejecución de las medidas los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez del lugar del arbitraje o de donde sea necesario adoptar las medidas”. En un sistema donde faculta a los árbitros a disponer medidas cautelares pero reserva para el juez estatal la ejecución de ellas.

Debemos recordar que el proceso arbitral sólo procede cuando el pleito versa sobre derechos disponibles; por lo tanto, las medidas cautelares que podrían adoptar los árbitros son sólo aquellas que recaen sobre bienes y en ningún caso sobre personas,

Desde este punto de vista, es mi opinión, que los árbitros cuentan con facultades para ordenar medidas cautelares. Es otro punto de política procesal. El hecho de que no se viola ningún principio ya que la legislación autorizara a los árbitros a disponerlas, por ser el arbitraje un sistema de solución de conflictos previstos y regulad por la ley.

Es más, si para la ejecución de la medida ordenada no es menester el ejercicio de la fuerza, no existiría obstáculo alguno para concederles también la facultad de ejecutarlas. A modo de ejemplo, un embargo que se hará efectivo mediante su inscripción en un registro, o una orden de no innovar que se efectivizará mediante la notificación al afectado. En cambio, si para la ejecución de la medida existiese la posibilidad de ser necesario el uso de la fuerza pública (el secuestro), entonces podría establecerse un sistema, otorgando al árbitro la facultad de ordenarla, pero reservando para el juez estatal su ejecución.



## ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO

*Por: Dr. Leonel Pereznieto Castro \**

Recientemente se ha vuelto a plantear el concepto del orden público en el arbitraje comercial internacional en su doble sentido: como la excepción en base a la cual el juez del foro rechaza el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero; o sea la concepción tradicional que fue consagrada en la Convención de Nueva York como uno de los criterios conforme al cual el juez nacional puede dejar de reconocer dentro de su territorio los efectos de “una sentencia arbitral extranjera” (Art.V,2,b). El otro aspecto del orden público vinculado directamente con el arbitraje, y posterior en su discusión, pero íntimamente relacionado con el tema anterior, es el tema de la arbitrabilidad<sup>249</sup>; en donde se distingue el ámbito de la jurisdicción estatal con objeto de determinar en que materias la autonomía de la voluntad es susceptible de prorrogar la competencia de los tribunales judiciales a favor del arbitraje. En la presente nota me refiero brevemente a la primera de las acepciones aunque su presentación no puede quedar desvinculada del segundo. Por otro lado, cabe apuntar que la razón de esta nota reside en que el año pasado<sup>250</sup> en una resolución adoptada por el Comité de Arbitraje de la International Law Association (ILA) se definieron entre otros criterios, los que para esa Institución deben ser consideradas como “Las Bases Generales, Principios Fundamentales y Reglas Generales sobre el concepto del Orden Público”<sup>251</sup>.

Como es sabido, para el Derecho Internacional Privado el concepto del orden público en su acepción tradicional es uno de los ejes sobre el cual se sostiene el sistema conflictual tradicional y significa una noción que eventualmente puede ser disruptora del libre juego de la norma de conflicto, por esta razón desde el siglo diecinueve este tema ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina y también en la jurisprudencia en donde se ha tomado partido sobre esta noción en diferentes direcciones.

Después de haber pasado por una serie de vicisitudes, la doctrina iusprivatista contemporánea parece haberse puesto de acuerdo en una sola cuestión: se trata de un concepto cambiante según la época en que este concepto se analiza por parte de los tribunales nacionales; así por ejemplo, antes de la Ley sobre relaciones familiares de 1916 (Ley Carranza), el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio y el divorcio eran considerados actos contrarios al orden público en México y cualquier tribunal mexicano hubiera considerado como contrario al orden público mexicano la aplicación de una ley extranjera que los admitiese, después de esa fecha, la contrariedad con el orden público desapareció. Como este, se pueden dar otros ejemplos.

Por lo que corresponde a la prórroga de competencia en materia arbitral, a esta institución solo se le conoció dentro de los estrechos límites que se plantearon en los códigos de procedimientos civiles del país pero se discutió si la prórroga de competencia era admisible en materia mercantil lo cual quedó definitivamente zanjado con las reformas al Código de Comercio en 1989 pero sobre todo, con la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL a partir de 1994.

De ahí que hoy en día la discusión acerca del problema del orden público se haya enfocado a los efectos de laudos extranjeros en México y su posible contrariedad con el orden público mexicano; por este motivo, la resolución adoptada por la International Law Association (ILA) tiene importancia y aporta elementos a esta discusión. Pasemos ahora a analizar dos de sus disposiciones más relevantes en el tema que nos ocupa.

La resolución de la ILA, entre otras cuestiones establece lo siguiente:

*“2(a) Al verificar el tribunal (nacional) la conformidad del laudo arbitral con los principios fundamentales, sean procedimentales o sustantivos, deberá (el tribunal) hacerlo refiriéndose a aquellos principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico y no en el contexto de la ley del lugar de cumplimiento de aquél, o de la ley vigente en la sede del arbitraje”.*

Dicho en otras palabras, en esta regla se le da la indicación al juez nacional que no analice la posible contravención del laudo con principios de orden público extranjeros (ley del lugar de cumplimiento de la obligación, -claro está cuando esa ley no sea la suya- o,

\* Profesor de la UNAM y del ITAM. Investigador Nacional Nivel III, Consejero del Despacho Von Wobeser y Sierra, S.C.

<sup>249</sup> Sobre el tema de la arbitrabilidad, Claus von Wobeser presentó su discurso de ingreso a la Academia de Legislación y Jurisprudencia (“La conquista de los particulares frente al estado en la solución de sus controversias: la dilución del orden público” 20 de mayo de 2003) y es el primero en México, hasta donde tengo noticia, que trata de forma sistemática el tema.

<sup>250</sup> Abril de 2002.

<sup>251</sup> Ver sobre las diversas resoluciones que tomó la ILA, la ponencia presentada por el Lic. José Luis Siqueiros en: XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado: “El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, en donde el autor realiza una amplia descripción de los temas tratados.

en violación a principios de la ley del lugar sede del arbitraje) porque en todo caso estas posibles contravenciones que pueden ser motivo de anulación del laudo deben ser demandadas ante el tribunal competente para ese efecto (el del lugar sede del arbitraje) En estas circunstancias, -indica la disposición en comento- el juez nacional al que se demanda el reconocimiento del laudo, solo debe ceñirse a verificar si dicho laudo no resulta contrario a “los principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico”

Ahora bien, ¿cuáles son esos principios considerados como fundamentales dentro del sistema jurídico nacional?. Aquí hay que hacer una diferenciación: principios fundamentales y reconocidos internacionalmente que tienen que ver con el respeto de las garantías individuales tales como: el derecho de audiencia, el derecho al debido proceso, por un lado y por el otro, el que el laudo se dicte en una materia en la que exista libre disposición por los particulares o en la que el propio Estado tenga facultades para prorrogar su competencia a favor del arbitraje (arbitrabilidad).

La resolución de la ILA, continúa y establece:

*“2b Sin embargo, a efecto de determinar cuando un principio que forme parte de un sistema jurídico deba ser considerado suficientemente fundamental para justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo, el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto al principio en cuestión”*

Nótese que en esta disposición se plantean entre otras, tres cuestiones que la ILA propone deban ser tomadas en cuenta para dilucidar lo que el juez del foro debe entender como “principio fundamental dentro del sistema jurídico nacional” en esta materia:

En primer lugar, debe tratarse de un principio fundamental como es el respeto a derechos mínimos de la persona que están igualmente reconocidos internacionalmente tales como: derecho de audiencia, derecho a un debido proceso; la determinación de estos derechos fundamentales no plantea gran problema. La segunda cuestión tiene que ver con el vínculo internacional del negocio. Se trata de un principio fundamental en el foro y por tanto su libre disposición interna no es permitida; sin embargo, por la naturaleza propia del asunto, por su carácter internacional, el juez nacional acepta el reconocimiento del laudo con objeto de no interrumpir la vida jurídica internacional<sup>252</sup>. Una cuantiosa indemnización fijada por un tribunal arbitral a favor de un alto funcionario de una empresa transnacional. Las partes están de acuerdo ninguna impugna el laudo y aunque se trate de derecho laboral que en México tiene jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales laborales mexicanos, el laudo dictado en el extranjero pudiera ser reconocido en México<sup>253</sup>.

Una tercera cuestión ya no tan clara como las anteriores pero no menos importante, se refiere a “la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional” respecto al principio fundamental que pretende aplicar el juez del foro. Se trata de una derivación de lo dicho anteriormente. En el derecho interno existe un principio fundamental que el juez considera se debe de respetar. Sin embargo, también se debe respetar la continuidad de la vida internacional y por tanto tendrá el juez del foro que buscar en los principios internacionales aceptados ampliamente (consensuados) por la comunidad internacional, si el principio fundamental interno se encuentra validado y en caso positivo, lo aplicará. Ciertamente es una operación compleja para cualquier juez y en especial para un juez mexicano por lo común poco habituado a este tipo de pesquisas internacionales. En la práctica judicial mexicana un planteamiento de esta naturaleza hoy en día sería difícil; sin embargo el ILA ya lo ha dejado apuntado como un recurso más para conocer y aplicar aquellos principios fundamentales que pueden constituir un rechazo al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Sobre este tema hay que recordar que dicho criterio tiene cierta relación con lo que, en la práctica, se aplica ya en materia de paneles Capítulo XI, XIV y XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en donde ya parece admitirse al Derecho Internacional y sus principios como legislación aplicable para la resolución de los conflictos que pueden plantearse en esos medios de solución de controversias.

El tema del orden público cada vez presenta facetas más interesantes pero lo que es un hecho es su tendencia hacia su internacionalización. Los principios fundamentales internos tienden a ser discutidos a la luz de la realidad internacional y en ese sentido, las reglas propuestas por la ILA son de gran importancia.

<sup>252</sup> En la ponencia ya citada Claus von Wobeser se refiere al caso Mitsubishi Motors Corp. U.S. Soler – Plymouth Inc (1985) en el que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos admitió una cláusula arbitral en un asunto de competencia económica por tratarse de un asunto internacional, cosa que no hubiera hecho si el caso fuera nuevamente interno.

<sup>253</sup> Idem.

## ARBITRAJE EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Por: Lic. Luis D. Santos Jiménez.

¿Cabría en México someter a arbitraje controversias de competencia económica? Es éste justamente un desarrollo interesante que se ha visto recientemente tanto en estados Unidos como en Europa. Como apreciaremos más adelante, esta tendencia ha proliferado aunque no exenta de discusiones y polémicas debido a que tradicionalmente la materia de competencia económica se ha considerado como no arbitrable en las diferentes jurisdicciones. Este artículo pretende hacer una breve relación de derecho comparado del desenvolvimiento que ha tenido este tema tanto en Estados Unidos como en Europa para dar paso a la pregunta si sería posible en México también llegar a la arbitrabilidad de los conflictos del derecho de la competencia económica.

### Antecedentes en Estados Unidos

De acuerdo con los antecedentes que he podido investigar, el desarrollo del arbitraje para aplicarlo al derecho de la competencia económica en Estados Unidos arranca a partir de 1985. Hasta este año los acuerdos de arbitraje para someter casos de competencia a este método de resolución de controversias no eran ejecutables. El razonamiento general seguido por los jueces para oponerse a la arbitrabilidad de la materia de competencia económica se fundaba primordialmente en razones de interés y de orden públicos. Así, en el caso *American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.*<sup>254</sup> se sintetiza el pensamiento tradicional en esta materia diciendo: “Los conflictos regidos por las leyes antimonopolio no son únicamente asuntos privados. La Ley Sherman [Sherman Act] está concebida para promover el interés nacional en una economía competitiva, de tal manera que el demandante que ejercite sus derechos conforme a esta ley se asemeja a un procurador privado que protege el interés público. Las violaciones a la competencia pueden afectar a cientos de miles –quizá millones– de personas. Se considera que no fue la intención del Congreso que estas demandas se resolvieran fuera de los Tribunales... En resumen, se concluye que las reclamaciones de competencia son inadecuadas para someterse al arbitraje”.<sup>255</sup>

Como puede observarse en este clásico precedente del derecho norteamericano, los órganos jurisdiccionales decidieron que era imposible someter a arbitraje los conflictos relacionados con el derecho de la competencia económica. Fundamentalmente su razonamiento se basaba en consideraciones relativas al orden público e interés social.

Sin embargo, en 1985 se suscitó el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*,<sup>256</sup> en el cual la Suprema Corte se apartó del razonamiento tradicional para sostener la ejecutabilidad de las cláusulas de arbitraje incluidas en contratos comerciales internacionales. Aun cuando evidentemente esta decisión resultó innovadora, con base en el énfasis de la política federal en favor del arbitraje, limitó muy claramente, sin embargo, el alcance de su decisión a aquellas operaciones internacionales en las cuales existen peculiaridades de “reciprocidad internacional” y necesidades particulares de previsibilidad de la resolución.

A partir del caso *Mitsubishi* (1985) los jueces estadounidenses comenzaron a extender esta decisión de la Suprema Corte a casos de derecho interno. De esta manera, los jueces fueron concluyendo a lo largo de varios casos que el razonamiento de *Mitsubishi* era todavía más importante en el contexto doméstico en el cual los árbitros gozan del beneficio de mayor conocimiento y contacto con las virtudes de la libre competencia, y en ello coincidió la Suprema Corte.

Ya en 1987 encontramos la piedra de toque de la jurisprudencia norteamericana para abrir el arbitraje en materia de competencia a aquellas controversias del derecho interno. Se trata del caso *Shearson/American Express, Inc. vs. Mc Mahon*.<sup>257</sup> En este caso, el tribunal –apoyándose principalmente en *Mitsubishi*– resolvió que eran arbitrables en el contexto del derecho interno aquellas controversias suscitadas de la sección 10 (b) de La Ley del Mercado de Valores de 1934. A partir de entonces, los tribunales –siguiendo a *McMahon*– han extendido de manera general la decisión de *Mitsubishi* para permitir el arbitraje de aquellas disputas en materia de competencia estrictamente domésticas.

<sup>254</sup> 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).

<sup>255</sup> Traducción libre. “A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney general who protects the public’s interest. Antitrust violations can affect hundreds of thousands –perhaps millions– of people and inflict staggering economic damage... We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in the courts.”

<sup>256</sup> 473 U.S. 614 (1985).

<sup>257</sup> 482 U.S. 220 (1987).

## Antecedentes en el derecho Europeo

El desarrollo de la arbitrabilidad de los asuntos de competencia económica en Europa ha sido diferente y puede servir también de punto de referencia. En la Unión Europea, si bien es claro que la determinación de las prácticas monopólicas es un asunto eminentemente reservado a la jurisdicción del órgano administrativo (la Comisión Europea), la arbitrabilidad de las disputas relacionadas con la aplicación del derecho de la competencia y, en particular, la validez o invalidez de un contrato a la luz de dicha aplicación está plenamente reconocida hoy día por varios tribunales nacionales europeos.<sup>258</sup>

De esta manera, se reconoce que los árbitros están obligados a aplicar las disposiciones de competencia, y su posición está reconocida igual que si se tratara de un juez que debe cumplir dichas disposiciones de competencia al llevar a cabo su función.<sup>259</sup> En este sentido, el tribunal arbitral está compelido por el derecho de la competencia comunitario y debe aplicarlo al resolver los puntos planteados en un caso determinado. Asimismo, con el objeto de garantizar la uniforme aplicación y la certeza legal, el tribunal arbitral debe obviamente tomar en consideración la manera en que las disposiciones del derecho comunitario han sido interpretadas y aplicadas por las instituciones comunitarias, especialmente por la Comisión Europea y por la Corte de Justicia.<sup>260</sup>

Ahora bien, en el sistema europeo se ha considerado que, en vista de que el tribunal arbitral no tiene la naturaleza de un tribunal nacional, no se pueden referir a la Corte de Justicia<sup>261</sup> aquellas cuestiones de interpretación de la ley de competencia, por lo que debemos entender el concepto de “tomar en consideración la interpretación de las disposiciones comunitarias” como la aplicación del derecho explorado, y no la posibilidad de aplicar el criterio de la Corte de Justicia Europea sobre puntos discutibles.

En este mismo sentido, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, que regulan la mayor parte de las prácticas monopólicas en el derecho europeo, existe la posibilidad de celebrar cierto tipo de convenios sin que se entienda que se incurre en prácticas monopólicas cuando se cae en la hipótesis de las excepciones generales (block exemptions) emitidas por la Comisión Europea, o bien cuando se otorga una excepción específica por la propia Comisión conforme al artículo 81 (3). Esta facultad para otorgar excepciones, de acuerdo con la Regulación 17/62, ha sido atribuida exclusivamente a la Comisión Europea,<sup>262</sup> por lo que Mustill y Boyd, en su prominente libro de arbitraje,<sup>263</sup> manifiestan que los árbitros no pueden otorgar dichas excepciones, ni cuestionarlas, ni ampliarlas, pero lo que sí pueden hacer es determinar si una excepción existe y, en dado caso, si un convenio en concreto cae dentro del ámbito de la excepción general (block exemption).

La Regulación 17/62 exige a las partes que se benefician de una excepción, el notificar a la Comisión sobre todos los laudos arbitrales que se relacionen con dicho convenio. Esta medida de orden público ayuda a evitar que se burle la ley de competencia europea mediante laudos arbitrales y está concebida para asegurar que no se abuse de las excepciones. El requisito de notificación, además, es una salvaguarda que permite la delegación de más asuntos a la resolución privada. Significa entonces que los tribunales arbitrales pueden analizar el caso sobre la base de las excepciones otorgadas por la Comisión Europea y si deciden aplicar la excepción por analogía, en la medida en que los hechos del caso planteado quepan dentro de la excepción expedida por la Comisión Europea, la notificación asegura en esta excepción será revisada por la Comisión y que los potenciales problemas de orden público

<sup>258</sup> Tal como se sostiene en el Caso No. 8423 de la Cámara Internacional de Comercio de 1994, citado en *Yearbook of Commercial Arbitration XXVI* (2001) p. 119. Véase también: para Francia, Cour d'Appel, Paris, 19 May 1993 (*Labinal*), *Revue de l'arbitrage* 1994 p. 164; para Italia, Corte d'Appello, Bologna, 21 December 1991, *Yearbook* 1993 p. 422; sobre la arbitrabilidad del derecho de la competencia en Estados Unidos véase particularmente Supreme Court, 2 de julio de 1985 (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*) *Yearbook* 1986 p. 555, *Revue de l'arbitrage* 1986 p. 273; para Suiza, Tribunal Federal, 28 abril 1992, ATF 118 II 193, *ASA Bulletin* 1992 p. 368, *RSDIE* 1994 p. 198 *Revue de l'arbitrage* 1993 p.124. Sobre estos asuntos en la doctrina, véase especialmente Fouchard/Gaillard/Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, (Paris 1996) no. 575; Redfern/Hunter, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed. (London 1991) p. 139; B. Hanotiau, 'L'arbitrage et le droit européen de la concurrence', en *L'arbitrage et le droit européen*, International colloquium CEPANI 25 abril 1997 (Brussels 1997) pp. 33-64. V. además laudo CCI no. 1397 de 1966, JDI 1974 p. 878; laudo CCI no. 2811 de 1979, JDI 1979 p. 984; laudo CCI no. 6106 de 1990, citado por Fouchard/Gaillard/Goldman nota 432 pag. 364). Aunque la arbitrabilidad de los asuntos de competencia es ampliamente aceptada, en algunos países europeos se establecen ciertas restricciones al uso del arbitraje, v.gr. en Alemania la ley dispone que la materia de competencia es arbitrable siempre y cuando el acuerdo de arbitraje no impida a cualquiera de las partes acudir al tribunal.

<sup>259</sup> V. caso CCI No. 7146 de 1992, para. 3, *Yearbook* 2001, p. 121.

<sup>260</sup> Tal como se sostuvo en el Caso CCI No. 7146 de 1992, para. 3, *Yearbook* 2001, p. 123.

<sup>261</sup> Caso no. 102/81, *Nordsee*.

<sup>262</sup> V. Regulación 17/62.

<sup>263</sup> Mustill y Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd. Edition, pp. 149 y ss.

que puedan surgir al momento de la ejecución del laudo arbitral se minimicen. Esto significa asimismo que si la Comisión encuentra que un laudo arbitral ha extendido una excepción más allá de ciertos límites aceptables, la propia Comisión puede revocar la excepción concedida.

Aún cuando existen ciertas restricciones y requerimientos a los procedimientos privados en materia de competencia económica, tales restricciones están hechas para facilitar el uso del arbitraje. Mustill y Boyd afirman que en Europa los árbitros pueden y deben decidir sobre materias de competencia; según ellos cualquier disputa o reclamación que se refiera a derechos que puedan ser hechos valer mediante laudo arbitral pueden ser sometidos a arbitraje, y en ese sentido establecen sólo dos circunstancias por las cuales un tribunal arbitral debería abstenerse para resolver sobre asuntos de competencia económica: si la cuestión presentada a su consideración en sí misma haría el acuerdo de arbitraje nulo, o bien si la Comisión ya ha iniciado sus propios procedimientos.

Después de un análisis de las diversas categorías en las que puede presentarse una controversia en materia de competencia económica, la doctrina europea ha concluido que aquellos asuntos que pueden sujetarse a arbitraje generalmente se limitan a problemas de origen contractual y normalmente no pueden extenderse a conductas extra-contractuales violatorias de la ley (tales como abuso de poder dominante), ya que sólo podrán arbitrarse aquellos conflictos que surjan en un contexto contractual o si el arbitraje ha sido acordado después del surgimiento del conflicto.

## **Situación en México**

Luego de esta revisión de la evolución de los antecedentes europeos y norteamericanos en materia de arbitrabilidad de los conflictos relacionados con el derecho de la competencia cabe preguntarnos si existiría la posibilidad de que en México también se abriera la puerta para someter a arbitraje aquellas reclamaciones reguladas por las leyes de competencia económica. La respuesta a este cuestionamiento no parece del todo fácil. En primer lugar, es previsible la objeción de orden público que campea el derecho de la competencia. En este sentido, es pertinente señalar que la Ley Federal de Competencia Económica es omisa en torno a la naturaleza de orden público (o no) de la propia ley. Por otra parte, dada la amplitud del campo de aplicación de la legislación de competencia económica, salta a la vista el hecho de que los posibles conflictos entre particulares derivados de dicha ley pueden ser de muy diversa índole, de donde resulta lógicamente que puede haber efectivamente un mayor o menor grado de implicación del orden público o el interés social dependiendo de la naturaleza del conflicto que se presente. En consecuencia, de un análisis detallado de las diversas posibilidades de conflictos que existen –que probablemente sólo pueda hacerse caso por caso– se podría afirmar que sólo aquellos asuntos de carácter estrictamente privado que no involucren repercusiones en el interés social o afecten el orden público serían susceptibles de someterse a arbitraje.

Como quiera que sea, evidentemente en México el tema es territorio inexplorado y anchuroso se mira el campo por andar, pero se anticipa un enorme potencial de desarrollo como lo demuestran las experiencias norteamericana y europea. Me pregunto si no podríamos recorrer los mismos senderos.

## EL PROCESO CUASI-ARBITRAL EN CONFLICTOS RELATIVOS A NOMBRES DE DOMINIO

Por: Martí Vallés Botey  
Abogado  
Balaguer - Morera & Asociados  
BM&A  
mvalles@bma.es

*El presente trabajo nos introduce en el régimen jurídico de los nombres de dominio de primer y segundo nivel y de los nombres de dominio con la terminación nacional; tipos usuales de conflictos; normas de la ICANN y entidades para resolverlos a través de un proceso similar al arbitraje. Describe el desarrollo del procedimiento, los términos del debate y la actividad probatoria de las partes. Se alude también a la ejecución de la decisión de este tipo de procesos y su relación con la jurisdicción, desde el punto de vista de la Ley española. Se aborda por último el régimen jurídico de los conflictos relativos a los nombres de dominio con la terminación española “.es”.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Nombres de dominio de primer y segundo nivel. III. Nombres de dominio con la terminación nacional. IV. Normas y entidades para resolver conflictos. V. Desarrollo del *procedimiento*. VI. Demanda, contestación, notificaciones y decisión. VII. Términos de la disputa y actividad probatoria. VIII. Ejecución de la decisión e interacción del procedimiento con la jurisdicción ordinaria. IX. Datos de interés. X. Otras consideraciones. XI. Conflictos relativos a nombres de dominio “.es”.

### I- Introducción.

El fenómeno de Internet brinda grandes posibilidades y plantea también cuestiones o problemas jurídicos derivados de su acceso, uso y abuso, y con ello la necesidad o conveniencia de establecer *procesos* para resolver determinado tipo de conflictos con rapidez.

Este trabajo tiene por finalidad introducir al lector en un *procedimiento* diseñado para resolver conflictos relativos a nombres de dominio y que tiene su origen en la tradición americana de los ADR (alternative dispute resolution). No se pretende analizar el régimen jurídico aplicable al fondo de este tipo de conflictos<sup>264</sup> <sup>265</sup>, sino únicamente describir en qué consiste este proceso, que dentro de nuestra tradición jurídica puede incluso sorprendernos.

Ya se trate de relaciones jurídicas de ámbito nacional o internacional, las personas someten voluntariamente sus discrepancias presentes o futuras a arbitraje por una razón que tiene su consecuencia. La razón es la posibilidad de obtener una resolución dictada por un tercero imparcial, que pone fin a la disputa, que goza del beneficio de la cosa juzgada y que es susceptible de ser implementada aún contra la voluntad del obligado (arts. 37 y 57 y ss L.A. y art. III Convenio de Nueva York, entre otros). La consecuencia es la exclusión, o posibilidad de exclusión, del acceso a la jurisdicción ordinaria para resolver el conflicto (arts. 11 L.A., 65.2 L.E.C. y art. VI Convenio de Ginebra).

Dicho de forma simple, acudimos al arbitraje porque queremos (arts. 1 y 5 L.A.) y porque es un proceso excluyente de otros disponibles, estimado a priori eficaz para resolver y zanjar discrepancias o conflictos.

Pretendemos analizar un procedimiento alternativo de resolución de discrepancias que presupone necesariamente un proceso civil contradictorio y un resultado en forma de resolución dictada por un tercero imparcial, pero que no es un arbitraje ni goza de sus efectos y ventajas, por cuanto: (i) no necesariamente supone el fin del conflicto, ya que la resolución que le pone fin no disfruta del

<sup>264</sup> “Conflictos de marcas en Internet” J. Massaguer, Revista General de Derecho 1998, nº 648.

<sup>265</sup> “Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio: comentario a la sentencia dictada en el caso PANAVISION” J.A. Maestre Rodríguez, sept. 1997 en [www.dominiuris.com](http://www.dominiuris.com)



beneficio de la cosa juzgada; y (ii) tampoco excluye la posibilidad de acceso a la jurisdicción - la que corresponda -, ya sea de forma posterior o simultánea a este *procedimiento*.

Este proceso tan huérfano de beneficios jurídicos, paradójicamente se ha revelado como un instrumento eficiente y económico para resolver la tipología de conflictos apuntada.

## **II.- Nombres de dominio de primer y segundo nivel (gTLDs y ccTLDs).**

Sin ser tampoco nuestro propósito describir el origen<sup>266</sup> y el sistema actual de administración y asignación de nombres de dominio, es útil resumir qué es un nombre de dominio, para qué sirve y qué organismos conceden su registro.

Las empresas u organizaciones precisan en Internet un domicilio (un site) y un código que permita su acceso. La finalidad del código es facilitar y ordenar el acceso a las páginas de Internet. Simplificando la cuestión, los nombres de dominio son un sistema nemotécnico de conversión de números en letras, ordenados de izquierda a derecha, denominados dominios de primer nivel, segundo nivel y así sucesivamente. Un nombre de dominio se asemeja a un número de teléfono pero que para facilitar su uso se expresa mediante letras y palabras y sirve para identificar ordenadores interconectados.

Los dominios de primer nivel con las terminaciones genéricas “.com”, “.net” y “.org” son asignados y administrados por la Corporación de Asignación de Nombres y Números (ICANN)<sup>267</sup>. A estos dominios de primer nivel se les denomina gTLDs, que significa *generic Top Level Domains*.

El siguiente paso lógico es el dominio de segundo nivel - el nombre de dominio propiamente dicho - que se atribuye a particulares previa solicitud. Su concesión permite al titular su uso exclusivo para las distintas aplicaciones que permite la red. El mecanismo de solicitud y registro es sencillo y se contrata con cualquiera de las empresas proveedoras del servicio de registro homologadas por la ICANN (denominadas “el registrador”). Existe un organismo denominado CORE (*Internet Council of Registars*) que en virtud de su acuerdos con la ICANN establece los términos y condiciones que las distintas empresas registradoras imponen a los solicitantes.

Mediante la adhesión a un formulario (el “contrato de registro” que se establece con la entidad registradora contratada) el solicitante manifiesta un conjunto de declaraciones y garantías sobre la buena fe, legalidad de uso y otros extremos en relación al nombre de dominio solicitado. Entre otras cuestiones, el solicitante se somete al mecanismo de resolución de conflictos.

El acceso a los datos de los titulares de nombres de dominio registrados (nombre, domicilio, datos de contacto, etc) es público y accesible a través de la base de datos de la ICANN.

Es importante tener en cuenta dos factores, en mi opinión relevantes: (i) el elemento volitivo del formulario es cuestionable o casi nulo, por cuanto los nombres de dominio de segundo nivel con terminaciones gTLDs son asignados exclusivamente por la ICANN a través de las empresas registradoras homologadas, sin posibilidad de alternativa; y (ii) en el proceso de solicitud y obtención de nombres de dominio apenas existe control previo, sino únicamente un rastreo de la base de datos preexistente para comprobar que el nombre de dominio solicitado no se encuentra ya registrado. En cuanto a su concesión rige un férreo principio de prioridad (*first come first served*).

Este mecanismo tan flexible y económico ha provocado una auténtica explosión de solicitudes y registros, lo que ha permitido un rápido desarrollo de la red. Consecuente con esta flexibilidad, el sistema de no control y adhesión a condiciones generales es terreno abonado para la obtención de registros de mala fe o para, en el mejor de los casos, la existencia de conflictos cuyo origen no es necesariamente una conducta abusiva o claramente antijurídica.

## **III.- Nombres de dominio con la terminación nacional.**

<sup>266</sup> “Marcas y nombres de dominio en Internet” A. García Vidal, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, 1997, T. XVIII.

<sup>267</sup> A la fecha de este trabajo, la ICANN prepara siete nuevas terminaciones genéricas (TDL) que son las siguientes: “.aero” para la industria aeronáutica; “.biz” para negocios y empresas; “.coop” para cooperativas; “.info” genérica para información; “.museum” para museos; “.name” para personas físicas; y “.pro” para auditores, abogados y profesiones liberales.

Igualmente, la ICANN ha ordenado los países (primero en números y posteriormente en letras) conforme a determinada norma, creando dominios de primer nivel de dos letras a escala nacional. Así la terminación “.es” corresponde a España, “.uk” a Reino Unido, etc. A estos dominios de primer nivel se les denomina ccTLDs, que significa *country code Top Level Domains*.

En España<sup>268</sup> la entidad que actualmente administra y asigna los nombres de dominio con la terminación nacional es el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión, por decisión del Ministerio de Fomento mediante Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 10 de febrero de 2000 (B.O.E. de 6 de marzo), en desarrollo del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones.

Los trámites y requisitos de obtención de nombres de dominio con la terminación “.es” se encuentran regulados en la Orden de 21 de marzo de 2000 (B.O.E. de 30 de marzo), y difieren significativamente del sistema diseñado por la ICANN para los gTLDs.

#### **IV.- Normas y entidades para resolver conflictos.**

Las normas establecidas por la ICANN para resolver discrepancias relativas a nombres de dominio son:

-Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio, adoptada por la ICANN el 26 de julio de 1999 y en vigor desde el 24 de octubre de 1999, en su idioma original *Uniform Domain Name Disputes Resolution Policy*.

-Reglamento de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio, promulgado también por la ICANN con idénticas fechas de adopción y vigencia, en su original *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*.

Los conflictos no son resueltos por la ICANN ni por la empresa proveedora del servicio de registro. La ICANN ha designado hasta la fecha a cuatro entidades proveedoras de servicios de resolución de conflictos en disputas sobre nombres de dominio y que se dedican a tareas administrativas similares a las de un tribunal arbitral institucional (recibir demandas, emplazar a la demandada, nominar árbitros, etc). Estas entidades son las siguientes:

- Institute for Dispute Resolution (CPR)
- eResolution Consortium (DeC)
- The National Arbitration Forum (NAF)
- Organización mundial de la Propiedad Intelectual, siglas OMPI (en inglés WIPO, *World Intellectual Property Organization*)

Además de las normas *procesales* de la ICANN<sup>269</sup>, estas cuatro entidades pueden establecer unas normas o reglamentos adicionales para la tramitación de los *procedimientos administrativos*.

La OMPI<sup>270</sup> ofrece el servicio a través de su Centro de Arbitraje y Mediación y ha adoptado el *Reglamento Adicional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Relativo a la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio*, de 1 de diciembre de 1999.

#### **V.- Desarrollo del procedimiento.**

Las disposiciones procesales de las normas de la ICANN y de la OMPI son sencillas, a pesar de su farragosa redacción y de la sopa de siglas en que nos vemos inmersos.

El *procedimiento* supone un enjuiciamiento o cognición semi-pleno, pero limitado a dos finalidades: (i) reivindicar la titularidad de nombres de dominio y consecuentemente peticionar su transferencia; o bien (ii) peticionar la cancelación del nombre de dominio disputado. No existe posibilidad de plantear otras reclamaciones o cuestiones.

---

<sup>268</sup> Véase [www.nic.es](http://www.nic.es)

<sup>269</sup> Sobre su génesis, véase M. Fernando Magazo “El arbitraje como medio para la resolución de conflictos entre marcas y nombres de dominio en internet” en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1999.

<sup>270</sup> Véase [www.wipo.org](http://www.wipo.org) y una visión de los servicios del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI por E. Martínez García “ El arbitraje y la mediación como fórmulas de resolución de conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de INTERNET” en Revista de Derecho Mercantil, 1999, nº 231.

El demandante debe optar entre cualquiera de las cuatro organizaciones proveedoras del servicio, u otras que en el futuro puedan designarse. La puesta en marcha del proceso está abierta a cualquier persona, titular o no de otros nombres de dominio y se dirige contra el titular del nombre de dominio en disputa. La demanda puede versar sobre más de un nombre de dominio, pero sólo si se dirige contra un mismo titular.

El procedimiento se basa en el siguiente esquema: 1º) demanda; 2º) verificación de formalidades por el proveedor del servicio de resolución de conflictos; 3º) notificación al demandado; 4º) réplica o contestación del demandado, caso de formularse; 5º) nombramiento de *tribunal* que resuelve el conflicto, en la terminología del reglamento de la OMPI *experto o grupo de expertos*; 6º) resolución mediante decisión motivada; y 7º) ejecución de la decisión mediante transferencia o cancelación del nombre de dominio, caso de ser estimada la reclamación.

#### **VI.- Demanda, contestación, notificaciones y decisión.**

La demanda es un formulario que debe presentarse en forma impresa (soporte papel) y en forma electrónica, facilitando los datos del demandante que constan en la base de datos de la ICANN (dirección, teléfono, fax, etc) y el nombre de dominio disputado. El actor indicará también el método seleccionado para ulteriores comunicaciones, la identidad de la empresa registradora del nombre de dominio, el número de miembros del tribunal (uno o tres), la marca o derecho en que se basa la demanda, la ley nacional aplicable al conflicto, los hechos que la fundamentan, la existencia de procedimientos jurisdiccionales, en su caso, y un minucioso conjunto de informaciones y declaraciones.

También debe especificarse la jurisdicción nacional ordinaria a la que se somete el demandante, optando entre la oficina principal del registrador o bien el domicilio del titular del nombre de dominio disputado. Este requisito, que se exige también al demandado, tiene por finalidad facilitar la determinación de la jurisdicción nacional a la que acudir en el supuesto de que la decisión que pone fin al *procedimiento* sea combatida.

La demanda se notificará también a la empresa registradora que contrató el demandado para su constancia y aseguramiento de ejecución de la futura resolución - algo así como una anotación preventiva -, impidiéndose que el nombre de dominio en disputa sea transferido a nuevo propietario - lo que se prohíbe pendiente un procedimiento - o para impedir un cambio inadvertido de registrador.

Las normas de la ICANN son especialmente cuidadosas en cuanto al trámite de notificación al demandado, y se atribuye esta responsabilidad a la entidad proveedora del servicio de resolución de conflictos. La demanda debe de notificarse obligatoriamente en soporte papel y electrónicamente al titular del nombre de dominio, al contacto técnico, administrativo y de facturación, éste último facilitado por el registrador. En defecto de indicaciones del demandado, ulteriores notificaciones se efectúan por correo o mensajería franqueado con acuse de recibo, fax con confirmación, correo electrónico.

El demandado dispone de 20 días para formular su oposición a la demanda (denominada *réplica*), facilitando los datos identificativos, documentos, alegaciones, etc., en forma similar a la que se exige al actor. El procedimiento es documental, ya que no existe trámite oral (salvo casos extraordinarios) ni fase probatoria con posterioridad al trámite de réplica o contestación. Si ésta no existe (supuesto de rebeldía) la resolución se falla en base a la demanda y a las pruebas acompañadas.

Ante la posibilidad de que existan distintos procedimientos entre las mismas partes relativos a un mismo nombre de dominio ante una misma o distintas entidades proveedoras de servicios de resolución de conflictos, las normas de la ICANN prevén la acumulación de procesos (*consolidación*, en la terminología de la ICANN), a petionar frente al tribunal o experto designado más antiguo.

Los gastos del procedimiento corren de cuenta del demandante por adelantado, salvo que el demandado exija un tribunal compuesto por tres expertos, en cuyo caso se reparte el coste equitativamente.

Salvo acuerdo de las partes, el idioma del procedimiento será el del contrato de registro habido entre el demandado y el registrador. El tribunal (o experto o grupo de expertos) será designado por la entidad proveedora del servicio de resolución de conflictos, de entre un listado que es obligatoriamente público.

El tribunal o experto debe ser independiente e imparcial, verificar un trato igual a ambas partes, y dispone de facultades para ordenar el procedimiento, tales como admitir pruebas o requerir de oficio a las partes declaraciones o documentos.

La decisión se adopta por escrito, motivada y en forma similar a un laudo arbitral. Las partes pueden alegar la legislación nacional que estimen aplicable, y el órgano decisor, de considerarlo necesario, puede determinar la ley aplicable al conflicto, si bien la cuestión es frecuentemente obviada por cuanto el demandante suele hacer valer portafolios de marcas obtenidas en distintos países.

#### **VII.- Términos de la disputa y actividad probatoria.**

De forma muy resumida, procedemos a exponer los términos del debate procesal, en cuanto al fondo de las cuestiones y los parámetros de decisión.

El procedimiento se limita a evaluar los tres requisitos que acumulativamente debe acreditar el demandante, que de forma resumida son: (i) confusión o riesgo de confusión de marca frente al nombre de dominio en disputa; (ii) ausencia de derechos ni intereses legítimos del titular del nombre de dominio sobre él; y (iii) registro y uso del nombre de dominio de mala fe.

Como se ha señalado, estas tres circunstancias deben acreditarse acumulativamente, por lo que la actividad probatoria del demandante irá encaminada a tratar de convencer al órgano decisor de la mala fe del registro controvertido, por cuanto éste ha sido obtenido: (i) con el objeto de ser vendido, alquilado o cedido al titular de la marca; (ii) o para impedir su uso al titular de la marca o para su desprestigio; (iii) o para obstaculizar la actividad de un competidor; (iv) o para atraer visitantes al amparo de confusión entre marca ajena y nombre de dominio propio.

Los términos de defensa del demandado son: (i) uso o preparativos de uso serios y demostrables; (ii) que se le conoce por el nombre de dominio, aún sin ser titular de marca alguna; (iii) que se utiliza el nombre de dominio para fines no comerciales y lícitos.

#### **VIII.- Ejecución de la decisión e interacción del procedimiento con la jurisdicción ordinaria.**

Como se ha indicado, las normas de la ICANN no son excluyentes de otras formas de resolución de conflictos. Esta cuestión además está relacionada con el proceso de *ejecución* de la decisión del tribunal o *experto*.

Hemos visto que las partes - como mínimo el actor - están obligadas a optar y someterse a una jurisdicción ordinaria (usualmente el domicilio del registrador o del demandado). Producida una resolución, si en un plazo de 10 días ninguna de las partes (lógicamente la que fue vencida) interpone demanda ante la jurisdicción señalada o determinada en el *procedimiento*, la ICANN ejecuta de oficio la resolución, transfiriendo o cancelando el nombre de dominio, si así lo dispone aquella. Caso de existir dicha demanda, la ICANN no ejecuta la resolución a la espera de la resolución del órgano jurisdiccional.

Igualmente, si antes o durante el *procedimiento* que examinamos, cualquiera de las partes interpone reclamación ante una jurisdicción ordinaria - cualquiera que sea -, el tribunal o experto tiene la facultad de decidir entre suspender o proseguir el procedimiento que tiene encomendado.

Además, hay que subrayar que las partes pueden litigar por un nombre de dominio ante cualesquiera jurisdicción o institución arbitral, en cuyo caso para la ejecución de la sentencia o laudo la intervención de la ICANN es inevitable.

#### **IX.- Datos de interés.**

De la base de datos de la ICANN y de las cuatro entidades proveedoras de servicios de resolución de conflictos, resulta claro que las empresas españolas acuden preferentemente a la OMPI. Los datos que ofrece la propia institución (años 2000 y 2001, hasta el 17 de enero) son: 95 casos en los que el demandante tiene su residencia en España y 101 en los que el demandado reside en España.

Hasta mediados de enero de 2001, el total de procedimientos llevados a cabo por las cuatro entidades proveedoras de servicios de resolución de conflictos asciende a 2.338 procesos, relativos a 4.720 nombres de dominio.

Las decisiones son públicas y accesibles vía Internet<sup>271</sup>, creándose en algo más de un año un valioso y profuso conjunto de precedentes que facilitan la previsibilidad de los supuestos de hecho que se pretendan plantear.

El coste de un procedimiento OMPI relativo a un solo nombre de dominio resuelto por un solo experto asciende a 1.500 USD. La duración del procedimiento en líneas generales puede ser de 3-4 meses, dependiendo del trámite y gestiones de notificación de la demanda.

#### **X- Otras consideraciones.**

El mecanismo establecido por la ICANN puede gustar o no, pero al menos supone una vía que facilita la solución a numerosos problemas jurídicos que plantean los nombres de dominio, atendida la deslocalización inherente a Internet.

Los términos del debate en este procedimiento (*confusión o su riesgo, ausencia de interés legítimo, registro de mala fe*) son el mínimo común denominador de la legislación de marcas de numerosos países y de los distintos tratados internacionales sobre la materia. Por ello es presumible pensar que una resolución adoptada razonablemente conforme a las normas de la ICANN debería ser analizada por el Juez nacional, cuando menos, como un elemento a tener en cuenta que sólo merecerá opinión distinta en supuestos excepcionales o muy razonados.

No existen estadísticas disponibles, pero puede deducirse que conforme al perfil usual del demandado en este *procedimiento*, los casos de no ejecución automática de la resolución por acceso a la jurisdicción serán los menos.

Es obvio que la voluntad del demandado en cuanto al sometimiento a este *procedimiento* es casi nula o muy cuestionable. Por otra parte, la ICANN es una corporación pública sin ánimo de lucro, constituida conforme a las leyes del estado de California, por lo que este conjunto de “normas” que obligatoriamente el registrador impone al solicitante no son más que unas condiciones generales de contratación, que no merecerían mayor análisis si no fuera por el éxito y universalidad del sistema de nombres de dominio.

Desde nuestro ordenamiento, la ejecución de la resuelta disputa al margen de toda jurisdicción puede plantear alguna incógnita<sup>272</sup>, dependiendo de la flexibilidad en la interpretación de las normas que atribuyen *en exclusiva* a la jurisdicción ordinaria la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (arts. 117.2 C.E. y 2.1 L.O.P.J.). En el supuesto que analizamos no se ejecuta *lo juzgado* porque la decisión de este procedimiento no es ni será nunca firme (no es cosa juzgada), pero resulta llamativa la contundencia del sistema de transferencia o cancelación del nombre de dominio, presupuesta la inacción del demandado vencido.

No es una novedad que existan en nuestro país procesos alternativos de heterocomposición de discrepancias entre partes no sometidas voluntariamente. A modo de ejemplo, valga la actividad y resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. La novedad del caso es el proceso de ejecución de la resolución y los equilibrios entre eficacia y rapidez, por una parte, y el derecho al acceso a la jurisdicción, por otra.

#### **XI- Conflictos relativos a nombres de dominio “.es”.**

A diferencia del sistema diseñado por la ICANN, el régimen de solicitud y obtención de nombres de dominio con la terminación “.es” sí está sometido a un cierto control previo y su asignación se lleva a cabo mediante decisión de una Autoridad Pública. Véase la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se establecen las normas para la asignación de nombres de dominio bajo nuestro código país (B.O.E. de 3 de marzo).

Sin embargo, este control de oficio no garantiza la inexistencia de conflictos. La única norma prevista es el art. 6 de dicha Orden que establece: *Las decisiones de la autoridad de asignación podrán ser recurridas ante la Secretaría General de Comunicaciones, sin perjuicio de la posibilidad de someter los conflictos entre usuarios a procedimientos de arbitraje.*

La norma es una chapuza por cuanto: (i) España no se ha adherido al servicio de resolución de discrepancias sobre nombres de dominio que ofrece la OMPI para las terminaciones nacionales (ccTLDs); (ii) la asignación de un nombre de dominio no crea un

<sup>271</sup> [www.icann.org/udrp/proceedings-list.htm](http://www.icann.org/udrp/proceedings-list.htm)

<sup>272</sup> Véanse en este sentido las SSTS de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 declarando la inconstitucionalidad del reglamento hipotecario en cuanto a la ejecución extrajudicial de créditos hipotecarios o la STC de 30 de abril de 1996 haciendo otro tanto con el arbitraje *ex lege* establecido en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

especial derecho de propiedad industrial, por lo que las “*decisiones de asignación*” de la autoridad no pueden ser el equivalente a la concesión de una marca por la Oficina Española de Patentes y Marcas; (iii) los conflictos usuales no devienen de la asignación o no de un nombre de dominio entre el solicitante y la autoridad asignante, sino entre el titular registral y un tercero; (iv) la referencia de la norma a *procedimientos de arbitraje* es incorrecta porque una cosa es un sistema alternativo y acelerado de resolución de discrepancias y otra es el arbitraje tal y como está normado y lo conocemos.

El problema no radica en acudir a la jurisdicción ordinaria, que teóricamente puede actuar con tanta celeridad o más que cualquier otro organismo adoptando medidas cautelares. Con nuestra legislación procesal (art. 727 LEC<sup>273</sup>) y en base a un derecho de marca preexistente, es perfectamente posible obtener una orden de suspensión provisional de uso sobre un nombre de dominio litigioso y su anotación y bloqueo por la entidad asignante (la ICANN o la autoridad española).

El problema radica en que es inusual o difícil que un Juez español se atreva a ir más allá y atribuya en fase cautelar la titularidad o uso provisional del nombre de dominio controvertido al demandante, por cuanto supone embarcarse en el proceloso terreno de las medidas cautelares completamente anticipatorias o irreversibles, máxime cuando un nombre de dominio es, esencialmente, un valor de uso o actividad (número de visitas, ingresos por publicidad, notoriedad, etc).

En definitiva, si nuestro legislador no tiene el coraje o la imaginación suficiente para diseñar algo parecido al *procedimiento administrativo* ICANN, poco le habría costado permitir, al menos, su acceso a todo aquel titular de un derecho de propiedad industrial que pueda ver violentado su derecho por un tercero mediante la obtención de un nombre de dominio con nuestra terminación nacional “.es”.

Nota del autor: El artículo se publicó previamente en "Anuario de Justicia Alternativa", en su nº 2 de 2001, que es la revista jurídica editada conjuntamente por el Tribunal Arbitral de Barcelona y J.M. Bosch (editor especializado en libros jurídicos). En relación al contenido del trabajo (es de mediados de enero de 2001), es preciso señalar que conforme a derecho nacional español, las normas de aplicación han cambiado en algunos extremos. A finales de 2001 se promulgó la nueva Ley de Marcas, que aborda algunos aspectos de los nombres de dominio.

---

<sup>273</sup> Véanse por su claridad los Autos de 2 de junio de 1999 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Oviedo y de 10 de marzo de 2000 del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Madrid, si bien dictados conforme a la antigua Lec, accesibles en [www.dominiuris.com/casos/espanya.htm](http://www.dominiuris.com/casos/espanya.htm)



## DECISIONES RECIENTES SOBRE ARBITRAJE EMITIDAS POR TRIBUNALES MEXICANOS

Por: Lic. Rodrigo Zamora Etcharren<sup>274</sup>

En fechas recientes, y ante el importante incremento de arbitrajes nacionales e internacionales en México, diversos Tribunales Colegiados de Circuito han emitido varios precedentes sobre el tema, especialmente sobre el proceso para su ejecución. El propósito del presente trabajo es el de exponer dichos precedentes, haciendo un breve comentario al respecto. Para este efecto, he procedido a dividir las Tesis en cuatro capítulos, de conformidad con los aspectos específicos abordados en cada ejecutoria.

### Naturaleza del Laudo Arbitral.

Sobre este tema han sido emitidos dos precedentes. El primero resolvió que el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la controversia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada y constituye título que motiva ejecución, es decir, es una resolución que tiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. La segunda ejecutoria señala que los laudos arbitrales firmes tienen la calidad de cosa juzgada, pues no puede cuestionarse su eficacia jurídica.

Regto: 189,345  
Tesis aislada  
Materia(s): Civil  
Novena Época  
Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: XIV, Julio de 2001  
Página: 1107  
Tesis: I.3o.C.231 C

Árbitro. Sus resoluciones son actos de autoridad, y su ejecución le corresponde al juez designado por las partes.

Para la ejecución de un laudo arbitral es preciso la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle la naturaleza privada, asume su contenido, de modo que el laudo es ejecutable por virtud del acto jurisdiccional, que sólo es el complemento necesario para ejecutar lo resuelto por el árbitro, ya que el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la controversia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada y constituye título que motiva ejecución, ante el Juez competente que debe prestar los medios procesales necesarios para que se concrete lo resuelto en el laudo. Por lo tanto, el laudo es una resolución que tiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, sólo que la eficacia y realización concreta de lo condenado quedan siempre al Juez competente designado por las partes o el del lugar del juicio. El árbitro carece de la facultad de hacer cumplir, ante sí, el laudo que emitió, porque no tiene la potestad o imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción y que es inherente a los órganos jurisdiccionales del Estado. Ello implica que el árbitro carece de la fuerza del Estado para hacer efectiva la condena, pero el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada, puesto que la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica, y sólo se reserva la facultad de ejecutar. El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez.

<sup>274</sup> El autor es egresado de la Escuela Libre de Derecho y maestro por la Universidad de Nueva York, socio del Bufete Zamora-Pierce, y miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. (Coordinador del Comité de Arbitraje Comercial), la Barra del Estado de Nueva York, y el Chartered Institute of Arbitrators.

Novena Época

Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Mayo de 2002

Tesis: I.4o.C.54 C

Página: 1175

Arbitraje. Los laudos firmes adquieren la categoría de cosa juzgada.

Los laudos arbitrales firmes tienen la calidad de cosa juzgada, aun cuando deban ser ejecutados ante una autoridad jurisdiccional, puesto que éstos tienen la característica de inmutabilidad, es decir, que no puede cuestionarse su eficacia jurídica; situación que encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Amparo en revisión 364/2002. Koblenz Eléctrica, S.A. de C.V. 22 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Marco A. Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, julio de 2001, página 1107, tesis I.3o.C.231 C, de rubro: “ÁRBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.”.

**LA HOMOLOGACIÓN NO ES NECESARIA.**

Sobre el tema de la necesidad o no de la homologación de los laudos arbitrales previa a su ejecución, la siguiente tesis aislada señaló que, consistiendo la homologación en la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica antes de ser homologado, los laudos no requieren de homologación, pues éstos obligan a las partes a estar y pasar por ellos en todo tiempo y lugar.

Novena Época

Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Mayo de 2002

Tesis: I.4o.C.52 C

Página: 1174

Arbitraje. Convenio ante la procuraduría federal del consumidor elevado a la categoría de laudo arbitral. No necesita ser homologado previamente para que el juez ordene su ejecución.

La homologación es un reconocimiento que hace un tribunal público de la regularidad de un laudo pronunciado por un árbitro nacional o extranjero (para poder proceder a su ejecución); es decir, la homologación implica la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica antes de ser homologado. Sin embargo, es doctrina nacional uniforme que los laudos pronunciados en nuestro país no requieren de la aprobación judicial para que puedan ser ejecutados. La regla, en consecuencia, es que los laudos pronunciados por los árbitros deben ser ejecutados por los Jueces ordinarios, sin necesidad de que éstos les otorguen, antes de ordenar la ejecución, una previa aprobación u homologación, situación que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dispone que notificado el laudo se pasarán los autos al Juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia. En esa virtud, si la Procuraduría Federal del Consumidor autoriza un convenio por estar conforme a derecho y no contener cláusulas contrarias al mismo, a la moral o a las buenas costumbres, lo eleva a la categoría de laudo ejecutoriado, y obliga a las partes a estar y pasar por él en todo tiempo y lugar, tal convenio es susceptible de ejecutarse sin necesidad de previa homologación.

Amparo en revisión 364/2002. Koblenz Eléctrica, S.A. de C.V. 22 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Marco A. Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, página 393, tesis de rubro: “PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. LAS OBLIGACIONES RECONOCIDAS POR LAS PARTES EN LA FASE CONCILIATORIA SON DE PLENO DERECHO Y PARA SU EJECUCIÓN DEBE ACUDIRSE A LOS TRIBUNALES COMPETENTES.”.

## Procedimiento para la Ejecución del Laudo Arbitral.

En cuanto al procedimiento para obtener la ejecución de un laudo arbitral mercantil, la tesis transcrita abajo resolvió que el mismo debe seguirse bajo las normas que de manera específica y restrictiva lo regulan, esto es, las contenidas en los artículos 1416, fracción I, 1423, 1461 y 1463 del Código de Comercio, mismos que regulan la vía incidental correspondiente, en términos de lo previsto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Por ende, consideró la ejecutoria, no son aplicables los artículos 570, 571 y 574 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Novena Época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Diciembre de 2001

Tesis: I.2o.C.15 C

Página: 1734

Homologación y ejecución de laudo arbitral en materia mercantil, dictado por un árbitro extranjero. Debe tramitarse el procedimiento correspondiente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1461 y 1463 del código de comercio y este último en relación con el artículo 360 del código federal de procedimientos civiles.

Tratándose de la homologación y ejecución de los laudos arbitrales en materia mercantil dictados en el extranjero, que por su naturaleza jurídica forman parte de una materia especializada, el procedimiento correspondiente debe seguirse bajo las normas que de manera específica y restrictiva lo regulan; por ende, si el laudo es de carácter mercantil, su homologación debe sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1461, en relación con los diversos 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio y su ejecución conforme a lo establecido en el artículo 1463 del cuerpo legal en comento que norma su sustanciación vía incidental, en términos de lo previsto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles; por lo que en este caso no resulta aplicable lo previsto en los artículos 570, 571 y 574 del citado Código Federal de Procedimientos Civiles, porque dichos ordenamientos prevén la homologación y ejecución de laudos arbitrales privados, de carácter no comercial, sin que obste para estimar lo anterior la circunstancia de que dichos ordenamientos otorguen mayores plazos y medios de defensa a los contendientes, pues aceptarlo de esa manera sería tanto como permitir que los juicios de materias especializadas, en los cuales, como ya se dijo, sus reglas son de carácter excepcional y, por ende, restrictivas, se sigan por vías que no son las correctas, ni las establecidas para los precisos casos excepcionales.

Amparo en revisión 4422/2001. Jamil Textil, S.A. de C.V. 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Luz Delfina Abitia Gutiérrez. Secretaria: María del Consuelo Viveros Romero.

## Recursos en el Procedimiento de Nulidad / Ejecución del Laudo.

Finalmente, en cuanto a los recursos oponibles en el procedimiento de ejecución de un laudo arbitral, los dos siguientes precedentes establecieron dos reglas específicas, consistentes en lo siguiente:

(i) El artículo 1463 del Código de Comercio, al remitir al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, sólo lo hace en cuanto a los plazos y etapas procesales que deben seguirse en el procedimiento incidental, mas no en cuanto a los recursos procedentes, siendo este último aspecto regulado por el Código de Comercio.

(ii) Aunque la resolución que decide en definitiva el incidente de homologación o ejecución de laudo arbitral es irrecurrible (artículo 1463 del Código de Comercio), todas las demás determinaciones dictadas por el juez de primera instancia en el incidente de referencia pueden ser combatidas a través del recurso de revocación.

Regto: 185,741

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Octubre de 2002

Página: 1385  
Tesis: I.7o.C.37 C

Incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral comercial. En materia de recursos, debe aplicarse el código de comercio.

El segundo párrafo del artículo 1463 del Código de Comercio dispone que el trámite del incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral debe regirse conforme a lo establecido en el numeral 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles; esta norma sólo regula los plazos y etapas procesales que deben seguirse en el procedimiento incidental, mas no contiene disposición alguna en cuanto a los recursos que pueden hacerse valer en el transcurso del mismo; por tanto, como el legislador remitió exclusivamente al numeral citado, y no a todo el contenido de la legislación procesal civil federal, es inconcuso que la aplicación de aquél sólo es procedente en tratándose del trámite del incidente y no así en cuanto a la determinación de los recursos que pueden hacerse valer en el transcurso del mismo, lo que excluye la aplicación de las normas del Código Federal de Procedimientos Civiles en ese sentido. En consecuencia, en relación con el incidente de mérito, y respecto de los recursos que es posible interponer en contra de las resoluciones dictadas en éste, debe estarse a lo dispuesto en el Código de Comercio, por ser el cuerpo normativo que regula lo relativo al arbitraje comercial.

Amparo en revisión 284/2002. Cabo Urbano, S.A. de C.V. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretario: Carlos Arturo Rivero Verano.

Regto: 185,740  
Tesis aislada  
Materia(s): Civil  
Novena Época  
Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: XVI, Octubre de 2002  
Página: 1386  
Tesis: I.7o.C.36 C

Incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral. Los acuerdos dictados durante el desarrollo de éste, son impugnables mediante el recurso de revocación (legislación en materia mercantil).

De una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia mercantil y, en especial, del contenido de los artículos 1334, 1336 y 1341 del Código de Comercio, así como de conformidad con los principios que imperan en el sistema jurídico mexicano, es posible afirmar que, por regla general, todas las resoluciones que dictan los juzgadores de primera instancia pueden ser impugnables a través de un medio de defensa legal; sin embargo, es posible también que el legislador establezca excepciones a esa regla, como ocurre con la resolución que decide en definitiva el incidente de homologación o ejecución de laudo arbitral, la cual es irrecurrible por virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1463 del Código de Comercio. No obstante lo anterior, la excepción en comento no puede hacerse extensiva a todas las determinaciones que en el incidente de referencia dicte un Juez de primer grado, dado que, por su propia naturaleza, las excepciones a reglas generales deben aplicarse limitativamente, es decir, sólo a los casos para los que fueron creadas, además de que si esa hubiera sido la intención del legislador, en el texto legal citado se habría incluido una norma en ese sentido. Por tanto, si la resolución definitiva que se pronuncie en el proceso incidental mencionado no es recurrible, entonces no puede hacerse valer en su contra el recurso de apelación y, por tal motivo, tampoco puede interponerse dicho medio de defensa contra las determinaciones dictadas en el transcurso del incidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1341 del Código de Comercio; en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1334 de dicho cuerpo normativo (que dispone que contra los autos que no fueren apelables y los decretos sólo procede el recurso de revocación), es indudable que las determinaciones dictadas en el transcurso del incidente de mérito únicamente pueden ser combatidas a través del recurso de revocación.

Amparo en revisión 284/2002. Cabo Urbano, S.A. de C.V. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretario: Carlos Arturo Rivero Verano.

**Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.****CAMECIC****DIRECTORIO**

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

**Consejo Editorial.**

Directora Pauta. Lic. Laura Altamirano López  
Creación en formato electrónico. Pti. Alejandro Bosch Sánchez  
Presidente ICC México. Lic. Luis de la Peña Stettner  
Vicepresidente ICC México. Dr. Claus Von Wobeser  
Tesorero ICC México. Ing. Saturnino Suárez Fernández  
Director Ejecutivo ICC México. Ing. Carlos Espinosa Castillo

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 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 mayo 2003.

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

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, México D.F.

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, México D.F.





México

International Chamber of Commerce

