



**Medios alternativos para
solución de controversias:
Comisión de Arbitraje ICC México**

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

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Lic. Luis de la Peña Stettner

Vicepresidente ICC México.
Dr. Claus Von Wobeser

Tesorero ICC México.
Ing. Saturnino Suárez Fernández

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Graph&co



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. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

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.

Título de la publicación: « ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

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. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.

web: www.iccmex.org.mx

e-mail: camecic@iccmex.org.mx; laura@iccmex.org.mx

3
CARTA DEL PRESIDENTE

Medios alternativos para solución de controversias: Comisión de Arbitraje ICC México

4
LAS FACULTADES DE LOS ARBITROS NO SON OMNÍMODAS NI INCONSTITUCIONALES
Dr. José Luis Siqueiros Prieto

11
ARBITRAJE DE INVERSIÓN A LA MEXICANA
Lic. Francisco González de Cossío

24
EL ARBITRAJE COMO ELEMENTO CLAVE EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN
Lic. Carlos J. McCadden

33
DESARROLLO DEL ARBITRAJE
Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez España

47
EL USO DEL NUEVO REGLAMENTO SUIZO DE ARBITRAJE
Dr. Thomas Knaak

51
LA NUEVA LEX MERCATORIA NATURALEZA Y ALCANCES
Lic. Alejandro Fava

58
COSTOS DE UN ARBITRAJE
Dr. Dyala Jiménez

61
LEY MODELO SOBRE CONCILIACIÓN
Lic. Ignacio Gómez-Palacio

67
SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON JAPÓN
Lic. Daniel Amézquita Díaz

70
REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE
Lic. Francisco González de Cossío

71
LA COMPETENCIA ARBITRAL EN RELACIÓN CON LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS ESTATALES
Lic. Anne Marie Murle

84
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONCILIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.
Lic. Roberto Hernández García

87
THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION AND ITS POSSIBLE ADOPTION IN MEXICO
Dr. Claus von Wobeser

Estimados Socio y Amigos:

El arbitraje y la mediación como medios alternativos de solución de controversias en México es hoy una realidad y contamos con un número importante de personas capacitadas para conocer de casos de arbitraje y mediación, para defender los intereses de sus clientes, para actuar como árbitros y para llevar los procedimientos arbitrales a buen fin y sobre todo, que se ha logrado despertar el interés por esta disciplina del derecho que tanto beneficia a las relaciones comerciales y específicamente al empresario mexicano.

Es por ello que nos enorgullece presentar a su consideración nuestro boletín Informativo "PAUTA" número 47, el cual ha sido realizado por la comisión de Arbitraje Comercial Internacional, presidida por el Doctor Claus Von Wobeser y que cuenta con artículos relacionados a la materia y realizados por abogados expertos socios de ICC México e integrantes de nuestra comisión.

Hoy México, se encuentra ante un tránsito acelerado en su presencia internacional por lo que el arbitraje recobra una faceta aún más importante, porque este es el medio por excelencia en el mundo para que los empresarios diriman sus controversias, por lo tenemos la firme convicción, que el empresario mexicano, día a día se demuestra más interesado en el conocimiento y práctica de este medio de resolución de controversias.

Podemos asumir que la participación de la Cámara de Comercio Internacional por medio de su comisión de Arbitraje, ha trabajado arduamente en la promoción y difusión, del conocimiento teórico y práctico de este medio de solución de controversias, así como de sus múltiples beneficios. Para la ICC, el dar a conocer el Arbitraje y su relación con el mundo empresarial, es una de sus principales y más importantes actividades y objetivos a nivel nacional e internacional, por lo que esperamos que la lectura de nuestro boletín sea de su interés y utilidad.

Cordialmente.



Lic. Luis de la Peña Stettner
Presidente

LAS FACULTADES DE LOS ARBITROS NO SON OMNÍMODAS, NI INCONSTITUCIONALES

Dr. José Luis Siqueiros**

I.- Reciente resolución del máximo tribunal que favorece al arbitraje comercial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por sentencia fechada el 30 de junio de 2004, según Acuerdo de su Primera Sala, dictado en el amparo en revisión 759/2003 en que fue quejoso Teléfonos de México, Sociedad Anónima de Capital Variable (En adelante TELMEX) y tercero perjudicado Megacable Comunicaciones de México, Sociedad Anónima de Capital Variable (en adelante MEGACABLE), resolvió por unanimidad de sus integrantes que la Justicia de la Unión no ampara ni protege a TELMEX respecto de los actos que reclamó del Congreso de la Unión, Presidente de la República, Secretario de Gobernación y Director del Diario Oficial de la Federación, consistentes en la expedición, promulgación, refrendo y publicación del Artículo 1435 del Código de Comercio.

La importancia de la tesis de la Suprema Corte debe resaltarse y difundirse en México y en el extranjero ante el auge en el uso del arbitraje comercial (nacional e internacional) como un mecanismo idóneo para resolver controversias en forma extra-judicial. El punto crucial del amparo era determinar si el Art. 1435 del Código de Comercio es inconstitucional porque omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativo a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, estableciendo plazos y formas para ello, así como y del periodo de alegatos; asimismo porque se alegaba que dicho precepto facultaba al tribunal para actuar de manera omnimoda para establecer las reglas atinentes y dirigir el arbitraje en el modo que estime apropiado.

La resolución del alto tribunal que por primera vez decide en tal instancia sobre la constitucionalidad del procedimiento arbitral tal y como éste se regula en el ordenamiento mercantil mexicano, viene a establecer un precedente de singular importancia. No obstante que los Tribunales Colegiados de Circuito habían confirmado que la autoridad jurisdiccional, que es propia del Estado, se puede ejercer también por los árbitros, no fue hasta ahora

cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) "avala" la constitucionalidad de la legislación normativa de este mecanismo; por ello pensamos que dicha resolución debe ser analizada y difundida.

II.- Antecedentes

i) El 5 de diciembre de 2001 un tribunal arbitral constituido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), institución que administró el procedimiento, emitió laudo en el caso 5/2001, instaurado por MEGACABLE en contra de TELMEX. La parte demandada, no obstante que fue debidamente emplazada y notificada de todas las actuaciones del procedimiento, actuó en rebeldía. Al no presentar contestación a la demanda de arbitraje, el Consejo General del CAM de conformidad con las citadas Reglas resolvió que correspondía al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia. A dicho efecto los tres árbitros examinaron el Convenio Marco de Prestación de Servicios de Interconexión celebrado por las partes en 1999 y llevado a escritura pública,¹ en cuyo clausulado dichas partes acordaron expresamente que en caso de surgir una controversia serían competentes, a elección de la parte actora: (i) la jurisdicción de los tribunales federales de la Ciudad de México, o (ii) un procedimiento arbitral de estricto derecho.

Al surgir el diferendo MEGACABLE optó por la segunda alternativa. Es de interés apuntar que en una controversia anterior suscitada entre las mismas partes y relacionada con el mismo Convenio Marco, TELMEX se había sometido a la competencia de un tribunal arbitral integrado bajo las Reglas del CAM; (Exp. 3/2001). En tal virtud y de conformidad con tales antecedentes, los árbitros se declararon competentes para conocer el caso. El laudo fue dictado en diciembre de 2001. Los árbitros aplicaron en cuanto al fondo el derecho elegido por las partes, y con fundamento en lo preceptuado en el artículo 1441 fracción III

** Profesor de Derecho Arbitral. Universidad Iberoamericana.

¹ Escritura pública No. 67,338 ante la fe del Notario Público No. 103 del Distrito Federal, Lic. Armando Galvez Pérez, fechada el 8 de abril de 1999.

del Código de Comercio² emitieron aquél basándose en las pruebas que tuvieron disponibles. Se condenó a TELMEX a pagar la suerte principal y otras prestaciones.

ii) MEGACABLE inició procedimientos de homologación del laudo arbitral ante el Juez Sexto del Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal en 2002 y el juzgador dictó sentencia ordenando el reconocimiento y ejecución del laudo en el mes de junio del mismo año.

iii) Inconforme con la sentencia del Juez de Distrito, TELMEX solicitó el amparo y la protección de la justicia federal en contra de diversas autoridades responsables, incluyendo entre ellas al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al Congreso de la Unión, al Secretario de Gobernación, al Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, al Actuario adscrito al mismo y al Director del Diario Oficial de la Federación.

De las tres primeras autoridades y de la última, la quejosa reclamó la expedición, promulgación, refrendo y publicación del Código de Comercio, específicamente la inconstitucionalidad del artículo 1435 de dicho ordenamiento en su texto actual. Del Juez Sexto de Distrito y del Actuario del mismo se reclamaron la sentencia dictada por el primero fechada el 21 de junio de 2002 en los autos del incidente de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral a que se ha hecho mérito, así como la notificación de dicha sentencia por el segundo.

El Juez Décimo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, a quién por razón de turno le tocó conocer del asunto, admitió la demanda y celebrada la audiencia constitucional dictó sentencia en marzo de 2003 negando el amparo de la quejosa en contra de los actos que reclamó de todas las autoridades responsables. En el considerando quinto de la sentencia, al analizar el primer concepto de violación, en el cual la quejosa sostiene la inconstitucionalidad del Artículo 1435 del Código de Comercio, el Juez de amparo definió lo que debe conceptuarse como "proceso" desde el punto de vista doctrinal e hizo constar resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a las formalidades esenciales del procedimiento, citando la jurisprudencia respectiva. Desarrolló el tema relativo a lo que constituye el procedimiento arbitral enfocándolo también, en el

ámbito doctrinario, para resolver que la quejosa realizó una inexacta interpretación del ordenamiento mercantil, ya que a juicio del juzgador el Título Cuarto del Libro Quinto de aquél contiene una regulación en la que se consagran las formalidades esenciales del procedimiento.

Con fundamento en la anteriormente expuesto concluye que el concepto de violación resulta infundado, en virtud de que el citado artículo 1435 no es violatorio del artículo 14 constitucional, en tanto que constriñe a las partes como al tribunal de arbitraje —en la sustanciación del procedimiento arbitral— a ajustarse a las disposiciones contenidas en el mencionado Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio; el articulado relativo prevé las formalidades esenciales del procedimiento exigidas por el citado artículo de la Carta Magna, agregando que de ninguna manera el tribunal cuenta con facultades omnímodas para conducir el procedimiento, ya que tiene que ajustarse en sus actuaciones al procedimiento pactado por las partes o en su defecto a "*dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado*";³ no obstante, concluye, en una u otra alternativa, el tribunal arbitral quedará sujeto a las disposiciones procesales del Título Cuarto (*del arbitraje comercial*) del Libro Quinto (*de los juicios mercantiles*).

Dicho en otras palabras, el Código de Comercio faculta a los árbitros a conducir el arbitraje en la forma que consideren apropiada, incluyendo la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre y cuando se respeten las formalidades que son esenciales en todo proceso.

iv) Inconforme con la sentencia, la quejosa interpuso recurso de revisión ante el propio Juez de Distrito; este último acordó remitir los autos al Tribunal Colegiado en Materia Civil en turno del Primer Circuito para la sustanciación del mismo. El Décimo Cuarto Tribunal Colegiado admitió dicho recurso en abril de 2003. Previo dictamen del Magistrado Ponente y en virtud de que la demanda de amparo impugnaba una ley federal (Código de Comercio) por estimarla inconstitucional, la Magistrado Presidente del citado tribunal determinó remitir el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) con apoyo en el Artículo 84, I, a) de la Ley de Amparo y en el Acuerdo General 5/2001.

2 Art. 1441.- "Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa justificada:

III.- Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

3 El texto del artículo 1435 es el siguiente: "Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de pruebas."

v) En mayo de 2003 el Presidente del máximo tribunal admitió el toca en revisión, notificando al Procurador General de la República para que si estimara pertinente formulara pedimento en los términos de ley. Los autos se remitieron a la Primera Sala por tratarse de un asunto de su especialidad y su Presidente determinó el avocamiento de dicha Sala al conocimiento de la revisión, turnándose los autos al Ministro Humberto Román Palacios para elaborar el proyecto de sentencia. Debido a la enfermedad y posterior deceso del Ministro designado, un año después, en junio de 2004, el asunto fue retornado al Ministro Juan N. Silva Meza para proyectar la resolución correspondiente.

III.- La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Nuestro máximo tribunal, con el voto unánime de los cuatro ministros que integran su Primera Sala, consideraron que la Suprema Corte era competente para conocer del recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y del Acuerdo Plenario 5/2001, toda vez que en el caso subsiste la materia de constitucionalidad del Artículo 1435 del Código de Comercio. No obstante, debe quedar claro que la SCJN se abstuvo de analizar los agravios expuestos por la quejosa (segundo, tercero, cuarto y quinto de su demanda de amparo) relativos a los actos reclamados al Juez Sexto de Distrito en Materia Civil, consistentes en la sentencia dictada en el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, así como de su ejecución que se atribuye al actuario de la adscripción.

El máximo tribunal hace un resumen de los agravios hechos valer por la quejosa y que reduce a dos inconformidades. La primera y más importante es en la que la que aduce su discordancia con las consideraciones de fondo que sustentó el Juez de Distrito para establecer que el citado artículo 1435 no es contrario a la Carta Magna. La otra consiste en que el mismo juzgador omitió indicar el fundamento legal en el que se basó para establecer las etapas que constituyen el procedimiento arbitral de estricto derecho. La Corte resuelve que las que los dos agravios son infundados.⁴ Procederemos a analizar la resolución de la SCJN para conocer cual fue su criterio respecto a ambas inconformidades.

i) *Que el Artículo 1435 es inconstitucional al omitir consignar las formalidades esenciales del procedimiento.*

TELMEX alega como premisa básica que el multicitado precepto es inconstitucional porque omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativas a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, establecer los plazos y formas para ello, así como del período de alegatos; o bien porque faculta al tribunal arbitral de "manera omnímoda" a establecer lo anterior.

Con respecto a tal agravio, la SCJN precisa que el precepto supuestamente contrario a la Constitución forma parte integrante de un sistema procesal y que en tal virtud debe analizarse coherentemente con los numerales del cuerpo jurídico que lo contiene. En esa virtud el artículo en cuestión debe complementarse e interpretarse con los otros que conforman el sistema procesal y que tampoco lo contradigan; incluso, ante un posible vacío legal puede acudir a fuentes de supletoriedad o a su integración en los términos del último párrafo del artículo 14 constitucional.⁵ En tal forma puede determinarse si el precepto impugnado satisface o no la garantía de seguridad jurídica, o sea el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento y para tal efecto, dice nuestro alto tribunal, es menester "desentrañar" el verdadero alcance del Título Cuarto del ordenamiento mercantil (del arbitraje comercial), del cual forma parte el multicitado numeral.

Para dilucidar dicho alcance es necesario advertir que el referido Título forma parte del Libro Quinto del Código y que este último establece la regulación de los juicios mercantiles, i.e., las controversias que se deriven de los actos comerciales. En su Capítulo I (*Del procedimiento especial*) se prevé que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes — con las limitaciones que se señalan— pudiendo ser un "procedimiento convencional ante tribunales" o un procedimiento arbitral. (artículo 1051).

La primera de las dos variantes se rige por los artículos 1052 y 1053 y la segunda por las disposiciones del Título Cuarto. Brevemente expuesto, el llamado procedimiento convencional ante tribunales es aquel que las mismas partes pactan y que formalizan en escritura pública, póliza ante corredor o ante juez que conozca del negocio. Se trata de un mecanismo privatista y ya obsoleto, que en la práctica ya no utilizan los litigantes. La segunda variante

⁴ Ver copia certificada de la resolución, firmado por el Secretario de acuerdos de la Primera Sala, el 20 de agosto de 2004.

⁵ Considerando Tercero de la sentencia de la SCJN.

del género, i.e., el procedimiento arbitral, regido ahora por una moderna normatividad, está en pleno auge.⁶ Desde que México adhirió a la Convención de Nueva York⁷ y ratificó lo de Panamá⁸ el arbitraje ha tenido un campo fértil y un incremento notable en los contratos internacionales que consignan cláusulas compromisorias.

Sin perjuicio de los anteriores señalamientos y retomando las consideraciones de la Suprema Corte para esclarecer el alcance *"del arbitraje comercial"* que regula el Título Cuarto, el alto tribunal precisa que de no existir convenio entre las partes sobre el procedimiento en los términos previstos por el Artículo 1051 del Código, y salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o la supletoriedad expresa de otra legislación (que no es el caso), el arbitraje solamente se rige por las disposiciones del mencionado título⁹ del Libro Quinto, excluyendo la aplicación de otras normas relacionadas con juicios mercantiles.¹⁰

La SCJN ha establecido lo que debe entenderse por "formalidades esenciales del procedimiento". Son aquellas que garantizan una adecuada y oportuna defensa, previa al acto privativo.¹¹ Son también las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; 3) la oportunidad de alegar y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

La propia Corte considera que los agravios expuestos por la quejosa y consistentes en que el multicitado precepto del Código de Comercio omite consignar dichas formalidades relacionadas con el ofrecimiento y desahogo de pruebas, el establecimiento de plazos para ello, así como del período de alegatos, son infundados. A su juicio y en concordancia con lo resuelto por el Juez de Distrito, estima que el referido Capítulo Cuarto, intitulado "del arbitraje comercial", especialmente sus capítulos V y VI cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, incluyendo aquella relativa

a la adecuada defensa, ya que el demandado tiene la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finca su pretensión, así como de alegar; por lo anterior de ninguna manera queda en estado de indefensión.¹²

Después de transcribir los artículos que consideró pertinentes del Título Cuarto Libro, Libro Quinto del ordenamiento mercantil, el supremo tribunal federal concluye que la facultad que el numeral 1435 del mismo confiere al tribunal de arbitraje se encuentra acotada por las disposiciones contenidas en la misma codificación, que sí establecen las formalidades esenciales del procedimiento; todo ello, conformidad con la jurisprudencia invocada.

Por consiguiente, y esto es lo importante para los que somos entusiastas del arbitraje, concluye: *"las facultades del tribunal de arbitraje y en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogos de pruebas, así como de alegatos (en el contexto del artículo 1435 del Código y los otros preceptos del mismo ordenamiento en su Título Cuarto) no son absolutas ni omnímodas, y por lo contrario salvaguardan las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el Artículo 14 Constitucional."*

ii) El juzgador omitió indicar el fundamento legal para establecer las etapas que constituyen el arbitraje de estricto derecho.

El alto tribunal acepta que en verdad el juez federal omitió en su sentencia indicar el fundamento en que se basó para establecer las etapas procesales que constituyen el arbitraje de estricto derecho. Sin embargo, dice la SCJN, tal omisión "no es contrario a derecho", porque para tal efecto acudió a fuentes doctrinarias que identificó plenamente.

En efecto, el Juez de Distrito al analizar el primer concepto de violación en el cual la quejosa sostiene la inconstitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio, definió lo que era el proceso enfocándolo de un punto de vista doctrinal, mencionando a distinguidos

6 Solamente en arbitrajes administrados por la CCI en París, en el lapso 1994-2003 se registraron 93 demandas correspondientes a países de América Latina de las cuales 34 provinieron de partes de las cuales una era mexicana. Actualmente se tramitan múltiples arbitrajes en otros diversos Centros de administración a nivel internacional, como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el Centro Norteamericano de Resolución de Disputas Comerciales y la Asociación Americana de Arbitraje. En México, la Cámara Nacional de Comercio de la Cd. de México, el Centro de Arbitraje de México y otros órganos administran innumerables casos de solución de controversias.

7 Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita el 10 de junio de 1958.

8 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en 1975.

9 Artículos 1415 al 1463.

10 Artículo 1054.

11 Novena Epoca del Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Tomo II, Diciembre de 1995; tesis P/J. 47/95, página 133.

12 *Ibid.* La SCJN hace un transcripción literal de los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del Código de Comercio, que dada su correlación, evidencian las conclusiones del alto tribunal.

tratadistas, así como la jurisprudencia de la SCJN en torno a las formalidades esenciales del procedimiento; posteriormente desarrolló el tema sobre lo que constituye el procedimiento arbitral, también desde el punto de vista de la doctrina, pero sin citar los preceptos de la legislación mercantil aplicables.

Nuestro máximo tribunal invoca una tesis de su Segunda Sala indicando que puede acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo en la formulación de sentencias, bajo la única condición de atender, objetiva y racionalmente a sus propias argumentaciones jurídicas.

De acuerdo con dicha tesis, si bien es cierto que en el sistema jurídico mexicano —por regla general— no se reconoce formalmente a la doctrina como sustento de una sentencia, bajo la óptica del artículo 14 constitucional se prevé que en los juicios de orden civil la sentencia deberá ser conforme a la letra de la ley o de su interpretación jurídica. Sin embargo, el mismo precepto establece que en falta de aquella, *la sentencia se fundará en los principios generales del derecho*.¹³ Es práctica reiterada en la formulación de sentencias, dice la Suprema Corte, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, interpretando la regla restrictiva que impone el artículo 14, tercer párrafo de la Carta Magna, como circunscrita a los juicios de orden criminal.¹⁴ permitiendo que en todos los demás juicios, con variaciones propias, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona como propia de los del orden civil.

Por lo anterior, concluye la SCJN, cuando se acude a la doctrina mediante la referencia a un tratadista (incluso a través del texto en que expresa su opinión), el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, deberá analizar, objetiva y racionalmente las argumentaciones jurídicas que correspondan, asumiendo *personalmente* las que le resulten convincentes y expresando a su vez las consideraciones que lo justifiquen.¹⁵

IV.- La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la legislación mexicana en materia de arbitraje comercial.

Tomando en cuenta la importancia de la sentencia de la SCJN y de la conveniencia de conocerla más de detalle,

la Comisión de Arbitraje Comercial, Capítulo Mexicano de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Internacional (CAMECIC), invitó a la Ministra de la SCJN y Presidenta de su Primera Sala, Lic. Olga Sánchez Cordero de García Villegas, a una sesión-desayuno en la que nos hiciera el honor de presentar el texto completo del referido fallo.

La sesión se verificó el 5 de octubre de 2004 y en ella la Ministro Sánchez Cordero se sirvió explicarnos en forma clara los antecedentes y las consideraciones que motivaron a los integrantes de dicha Sala para negar el amparo a la quejosa respecto de los actos que reclamó de las diversas autoridades responsables y reconocer asimismo la constitucionalidad del artículo 1435 y de otros preceptos correlacionados con el mismo en el Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio; todo lo anterior en indudable beneficio del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, como un mecanismo idóneo para resolver controversias que en ámbitos pueden surgir en forma extrajudicial.

Al terminar su presentación, cuando amablemente inquirió si habría algunas preguntas de los asistentes, el autor de estas notas —al felicitarla— le consultó si la Sala y el Ministro Ponente¹⁶, al acudir a fuentes doctrinarias no habían advertido la influencia que tuvo la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, adoptada por la CNUDMI o UNCITRAL (por su sigla en inglés) el 21 de junio de 1985.

En efecto, en esa fecha, la Asamblea General de las Naciones Unidas, siguiendo la encomienda de su Comisión sobre Derecho Mercantil Internacional, recomendó que “todos los Estados miembros otorguen debida consideración a la Ley Modelo, en vista de la deseabilidad de lograr la uniformidad de las leyes que rigen los procedimientos arbitrales y los requerimientos básicos en la práctica del arbitraje comercial internacional”.¹⁷

Las disposiciones de la Ley Modelo habían sido formuladas por representantes gubernamentales de más de 60 países¹⁸ y de varios organismos multinacionales. Si bien es cierto que una Ley Modelo no equivale a un convenio internacional, sino que solo es un “modelo” a seguir por

13 Cuarto párrafo del artículo 14 constitucional.

14 Art. 14, tercer párrafo: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

15 Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001.

Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

16 Ministro Juan N. Silva Meza.

17 Resolución 40/72 U.N. Doc. A/40/17 pp. 81-93

18 México participó activamente en la elaboración de la Ley Modelo.

los legisladores nacionales, éstos pueden, al incorporar la a su derecho positivo, evitar una dicotomía de disposiciones que regulen el arbitraje interno y el internacional: es decir, que con adaptaciones técnicas la nueva ley regiría los dos ámbitos.

No cabe ninguna duda que la legislación mexicana que actualmente regula el arbitraje mercantil recibió una decisiva influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI. En el año de 1988 se efectuaron reformas al Código de Comercio a efecto de introducir, en forma parcial, algunas de las disposiciones de la citada Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Si bien dichas reformas fueron significativas,¹⁹ no fueron suficientes para actualizar nuestra regulación en esta materia, así como la de establecer una regulación autónoma sobre la misma.

En tal virtud, cinco años después se reforma nuevamente el Código de Comercio para incorporar el nuevo Título Cuarto, Libro Quinto, bajo el nombre "del arbitraje comercial", introduciendo en el mismo 49 artículos (del 1415 al 1463),²⁰ despositivos que continúan en vigor. Para ilustrar la génesis de esta modificaciones al Código y apreciar el ascendiente que tuvo en las mismas la Ley Modelo de las Naciones Unidas, basta leer algunos párrafos de la Exposición de Motivos presentadas por el Ejecutivo al Congreso de la Unión:

"De merecer la aprobación de ese H. Congreso de la Unión, se incorporarían las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es el resultado de una negociación universal realizada en el seno de las Naciones Unidas. La Asamblea General de este organismo recomendó a todos los países que examinaran debidamente la mencionada Ley Modelo y tomaran en cuenta la conveniencia de uniformar el derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

.....

Cabe señalar que ya desde 1988, se efectuaron reformas al propio Código de Comercio, con el objeto de introducir parcialmente disposiciones de la Ley Modelo de

la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como de la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York en 1958. La presente iniciativa representa un avance en esa dirección al incorporar las demás disposiciones de dicha propuesta de las Naciones Unidas."

El legislador adoptó la iniciativa del ejecutivo y desde hace más de once años contamos con una moderna y actualizada regulación del arbitraje mercantil, que rige la materia a nivel nacional e internacional.²¹ Los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del ordenamiento, invocados expresamente por nuestro más alto tribunal para comprobar que el Título Cuarto (Libro Quinto) del mismo cumplan con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, son una reproducción, casi literal de los artículos 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26 (párrafo 1) y 26 (párrafo 2) de la Ley Modelo.

Ahora bien, si la SCJN en su misma resolución nos dice que es práctica reiterada en la formulación de sentencias el acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, acaso una Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas no constituye "doctrina"? Ciertamente que no es un tratado internacional y por lo mismo carece de efecto vinculatorio; es solo, como anteriormente se indicó, un "modelo" a seguir por los legisladores nacionales que pueden o no adoptarla. No es ciertamente la opinión de un distinguido autor o tratadista, concepto como tradicionalmente se conceptúa a la doctrina; es el producto consensuado de expertos de numerosos países que bajo los auspicios de un organismo internacional, en este caso la CNUDMI, después de exhaustivas deliberaciones aprueban una "ley" que es solo una pauta para influir al legislador interno y que tiene como objetivo el armonizar el régimen legal de una temática, dentro de un contexto internacional.

Tomando en cuenta la relativa modernidad de las llamadas "leyes modelo"²² debemos meditar sobre su posible clasificación dentro de las fuentes del derecho nacional. La Ministra Sánchez Cordero, al contestar mi pregunta, muy gentilmente elogió la aportación del autor al contexto

19 Ver artículo del autor "La Nueva Regulación del arbitraje en el Código de Comercio", publicado en "El Foro", Organó de la Barra Mexicana. Octava Epoca, Tomo II, No. 1 (1989) págs. 157-178.

20 Decreto modificatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993.

21 Cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o que dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitrajes. Art. 1415 del Código de Comercio.

22 La Sexta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) celebrada en Washington, D.C. EUA, en Febrero de 2002, aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

y antecedentes de la resolución de nuestro máximo tribunal, pero no se pronunció en cuanto al ascendiente de la Ley Modelo como posible fuente jurisprudencial. Pido a los lectores de este trabajo me ayuden a dilucidar esta interrogante.

V.- Conclusiones.

i) La resolución de la Suprema Corte de Justicia del 30 de Junio de 2004, dictada en el amparo en revisión 759/2003 (Quejoso: Teléfonos de México, S.A. de C.V.) negándole al quejoso la protección de la justicia federal en el juicio de garantías que interpuso en contra de diversas autoridades, fundamentalmente reclamando la inconstitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio, debe ser resaltada y difundida. En dicha sentencia nuestro máximo tribunal precisa de tal precepto, así como los otros artículos que integran el Título Cuarto, Libro Quinto del ordenamiento mercantil, consignan

las formalidades esenciales del procedimiento en lo relativo a ofrecer y desahogar pruebas, estableciendo los plazos y formas para ello. Asimismo, establece que los preceptos impugnados de ninguna manera facultan al tribunal para actuar de manera omnímoda para dirigir los arbitrajes en el modo que estime apropiado. La resolución de la Suprema Corte viene a establecer un precedente, al más alto nivel, sobre la constitucionalidad del procedimiento arbitral como un mecanismo idóneo para resolver controversias en forma extra-judicial.

ii) Es de interés resaltar el ascendiente que tuvo nuestra legislación mercantil (en materia de arbitraje) en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional; asimismo, dilucidar el carácter que, como "fuentes del derecho", tienen las leyes modelo adoptadas por organismos internacionales cuando su contenido se incorpora a la legislación nacional.

ARBITRAJE DE INVERSIÓN A LA MEXICANA

Lic. Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

En forma creciente, México se está convirtiendo en una de las fuentes más dinámicas y ricas de conocimiento y experiencia en materia de arbitraje de inversión. Este artículo identificará porqué elaborando un resumen de los casos a la fecha resueltos, mencionando los puntos legales que han involucrados, abordando algunas de las dudas que ha generado, y evaluando algunas respuestas que ante ello se han generados.

II. LOS CASOS

A la fecha, México ha sido parte de doce casos.¹ De los mismos, cinco han concluido, mismos que a continuación resumiré .

A. Azinian

En *Robert Azinian and others v. United Mexican States*² los demandantes Robert Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca iniciaron un procedimiento arbitral bajo el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte ("TLCAN") en contra de la terminación por el Municipio de Naucalpan de una concesión para la recolección y desecho de basura por la existencia de irregularidades. Los demandantes sostenían que la terminación constituía una violación a: (i) el deber mínimo de trato contenido en el artículo 1105 del TLCAN; y (ii) una expropiación en violación del artículo 1110 del TLCAN

El Tribunal rechazó ambas reclamaciones. Determinó que los demandantes no habían demostrado que la terminación de la Concesión, que fue realizada con fundamento en dos causales legales distintas (invalidez y rescisión), pudiera generar responsabilidad internacional.

Dado que la conducta del Municipio fue validada por tribunales nacionales, el actuar de los tribunales mismos debía repudiado a nivel internacional para que la termi-

nación de la Concesión se tradujera en un ilícito internacional. Y esto no tuvo lugar. Las determinaciones fueron consideradas irreprochables. A su vez, dado que se determinó que no existía una violación del artículo 1110 del TLCAN, no existió una violación del artículo 1105.

La decisión es no sólo profunda, sino lectura obligatoria para cualquiera interesado en denegación de justicia. No obstante que mucho podría decirse al respecto, me abstendré. Sin embargo, hago notar que proporciona análisis interesante sobre las diferencias de niveles de escrutinio entre derecho y tribunales nacionales y derecho y tribunales internacionales en materia de inversión internacional.

B. Metalclad

En *Metalclad Corporation v. United Mexican States*³ el demandante inició un procedimiento arbitral bajo el capítulo XI del TLCAN por el rechazo de un permiso de construcción por un Municipio del Estado de San Luis Potosí, emitido en las fases avanzadas de la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos, por el cual Metalclad decía que había recibido seguridades gubernamentales sobre su obtención. Metalclad sostenía que dicha negación, en conjunción con las circunstancias de la misma y la emisión de un decreto ambiental que comprendía las instalaciones del confinamiento, prohibían de facto la utilización de la inversión, violando los requisitos de trato del TLCAN y compromisos sobre no-expropiación.

El Tribunal sostuvo que las obligaciones bajo el TLCAN fueron violadas en dos aspectos: (1) El deber de México de dar a las inversiones de inversionistas un trato de conformidad con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, de conformidad con el artículo 1105(1) del TLCAN; y (2) que México indirectamente expropió, sin

* Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. Profesor de Arbitraje, Derecho Mercantil y Competencia Económica.

1 *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2); *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/99/1); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/00/2); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) *Adams et al v. United Mexican States*, (Notificación de Arbitraje presentada el 16 de febrero de 2001); *Calmark Commercial Development Inc. and the United Mexican States* (Notificación de Arbitraje de fecha 11 de enero de 2002); *Corn Products International v. the United Mexican States* (Notificación de Arbitraje de 2002); *Fireman's Fund and the United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01); *Frank and the United Mexican States* (notificación de arbitraje del 5 de agosto de 2002); *GAMI Investments, Inc. and the United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01); *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States* (arbitraje bajo el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL iniciado en 1o de agosto de 2001). Esta información es vigente a junio de 2004.

2 Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo de fecha 1o de Noviembre de 1999.

3 Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo de fecha 30 de Agosto de 2000.

compensación, la inversión de Metalclad. El rechazo del permiso de construcción, incluyendo la forma y el fundamento de conformidad con la cual se emitió, se determinó que fue el tipo de interferencias gubernamentales que tenían el efecto de privar al propietario de los beneficios económicos razonablemente esperados de la inversión, lo que constituía una medida equivalente a una expropiación en violación del artículo 1110 del TLCAN. Como un punto separado, el Tribunal sostuvo que la forma en que el Decreto Ecológico fue implementado—que permanentemente proscribió el uso por Metalclad de su inversión—también constituyó una medida equivalente a una expropiación en violación al artículo 1110 del TLCAN. El Tribunal otorgó a Metalclad una indemnización por daños y perjuicios por US\$16,685,000.00.

México inició un procedimiento de nulidad ante la Suprema Corte de British Columbia (la “Corte de BC”) (Vancouver era la sede del arbitraje) reclamando que el Tribunal en Metalclad excedió su jurisdicción en dos aspectos: (a) al utilizar las disposiciones sobre transparencia como el fundamento para determinar una violación al artículo 1105; y (b) al excederse en el ámbito de las disposiciones de transparencia contenidas en el TLCAN al haber creado nuevas obligaciones de transparencia. La Corte de BC determinó que el ámbito del laudo excedió el sometimiento al arbitraje (que estaba limitado a las fronteras del capítulo XI del TLCAN) y por ende parcialmente anuló el mismo. Al hacerlo, la Corte de BC consideró que, en la medida en que la misión de un Tribunal Arbitral del TLCAN está circunscrito al derecho contenido en el capítulo XI, al basarse en disposiciones ubicadas fuera de dicho universo (específicamente, el objetivo de transparencia ubicado en el capítulo I del TLCAN), el Tribunal Metalclad emitió un laudo ultra petita. En relación con la equiparación del Decreto Ecológico a una violación del artículo 1110, dado que dicho concepto era independiente y no incluyó en sus premisas el análisis de transparencia, la Corte de BC sostuvo que era una determinación que resistía el análisis de nulidad.

C. Waste Management

En *Waste Management v. United Mexican States*⁴ derivó de una inversión de Waste Management como parte de una concesión para la recolección y desecho de basura en Acapulco. El demandante sostenía que existía una conspiración entre las autoridades de los poderes ejecutivo y judicial del gobierno de Acapulco que constituía una vio-

lación de la obligación de trato mínimo del artículo 1105 del TLCAN. El demandante también argumentaba que la conducta de las autoridades de Acapulco equivalían a una medida equivalente a expropiación en violación del artículo 1110 del TLCAN dada la imposibilidad de explotar la inversión. El Tribunal rechazó ambas reclamaciones. Sostuvo que no existía evidencia de la supuesta conspiración, ni que el tratamiento al que el demandante había estado sujeto fuera arbitrario, injusto, imparcial o “idiosincrásico” (idiosyncratic) como el demandante lo calificaba. Tampoco había una violación al debido proceso por el hecho de que Acapulco incurriera en tácticas dilatorias.

Dos aspectos adicionales merecen una nota independiente. En primer lugar, una diferenciación clara fue realizada entre violaciones/reclamaciones contractuales y reclamaciones bajo el TLCAN. En resumidas cuentas, una violación contractual por una entidad Estatal no necesariamente se traduce en una violación al tratado. Son diferentes los estándares de revisión, lo cual es un tema que amerita un estudio independiente dada su importancia y profundidad. Una clarificación interesante y útil fue realizada, aunque en obiter: la protección bajo el capítulo XI del TLCAN no es un seguro de protección y no es la función del derecho internacional de las inversiones extranjeras eliminar los riesgos comerciales normales.

En segundo lugar, México sostenía que *Waste Management* carecía de locus standing como resultado de la existencia de una entidad/eslabón corporativo en Islas Caimán en la cadena corporativa entre el demandante y la inversión. El Tribunal rechazó la excepción sosteniendo que el TLCAN no requería que la inversión misma tuviera la misma nacionalidad del inversionista que se beneficia de la protección a la inversión bajo el TLCAN.

D. Tecmed

En *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*⁵ el demandante comenzó un procedimiento arbitral bajo el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ente los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (el “APPRI”)⁶ reclamando que su inversión, que consistió en un confinamiento de residuos peligrosos, había sido expropiada de facto como resultado de la negativa por el Instituto Nacional de Ecología (“INE”) a renovar la autorización para operar (la “Resolución”). El demandante argumentaba que dicha omisión

4 Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo de fecha 30 de Abril de 2004.

5 Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo de fecha 29 de Mayo de 2003.

6 Firmado el 22 de junio de 1995, el decreto aprobatorio del Senado fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1995, el decreto promulgatorio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1997, y entró en vigor el 18 de noviembre de 1996.

violaba diversas disposiciones del APPRI, incluyendo, inter alia, el deber de brindar un trato justo, nacional y más favorable a su inversión.

El Tribunal sostuvo que (1) la Resolución era (a) una medida equivalente a una expropiación, (b) que violaba el APPRI; (2) que la garantía de trato justo había sido violada; y (3) que la garantía de plena protección y seguridad había sido violada. El resto de las reclamaciones fueron rechazadas. El laudo hizo una condena por daños y perjuicios que ascendió a US\$5,533,017.12 más intereses a partir de noviembre de 1998.

La determinación del Tribunal se basó en un análisis de “efectos”: como resultado de la Resolución se privó al demandante en forma radical, irreversible y permanente de la explotación de la inversión, como si los derechos a la misma hubieran cesado.

La medida equivalente a expropiación era violatoria el Tratado puesto que las circunstancias fácticas que la motivaron no justificaban una medida tan drástica como la norenovación de la autorización. Es decir, no existió proporcionalidad entre las circunstancias y la medida jurídica. Los hechos involucraron ciertas infracciones a la autorización inicial para operar que no podía razonablemente justificar la nulificación de los beneficios económicos de la inversión. El Tribunal sostuvo que las verdaderas razones que motivaron la Resolución eran los disturbios sociales que la inversión generaba.

El Tribunal sostuvo que existió una violación al deber de dar un trato justo y equitativo de la incongruencia entre la motivación real detrás de la Resolución y aquellas en las cuales se fundamentó el INE en la Resolución. La falta de transparencia, claridad y precisión, así como la duplicidad de objetivos del INE, frustraron las justas expectativas en las cuales se basó el demandante y fueron determinadas contradictorias con el deber de dar un trato justo y equitativo contenido en el Tratado.

El Tribunal rechazó la reclamación de violación a la plena protección y seguridad determinando que no existía prueba alguna que las autoridades mexicanas habían incitado o participado en el movimiento social y político en contra del confinamiento de residuos peligrosos. Aunque en obiter dicta, el Tribunal hizo interesantes comentarios sobre el alcance de dicha garantía: no impone responsabilidad objetiva al Estado Huésped.

E. Feldman

En *Marvin Feldman v. United Mexican States*⁷ el demandante estadounidense Marvin Roy Feldman Karpa inició un procedimiento arbitral bajo el capítulo XI del TLCAN en contra de la negativa del México de reconocer el derecho a la devolución de impuestos especiales sobre producción y servicios (“IEPS”) derivados de la exportación de cigarrillos por CEMSA, la entidad mexicana de la que era accionista, reclamando que constituía una violación al deber de trato nacional contenido en el artículo 1102 del TLCAN, el deber de trato mínimo contenido en el artículo 1105 del TLCAN, y constituía una expropiación en contra del artículo 1110 del TLCAN.

El Tribunal rechazó las reclamaciones de trato mínimo y expropiación, pero sostuvo la existencia de la discriminación.

La reclamación de violación al deber de trato mínimo contenida en el artículo 1105 fue rechazada en la medida en que es inaplicable a impuestos.

En relación con la reclamación de expropiación, el Tribunal sostuvo que las circunstancias no constituían una expropiación ni una medida equivalente a la misma. Consideró que existían diversos factores que militaban en contra de una determinación sobre la existencia de una expropiación, particularmente que el negocio de exportación de cigarrillos permanecía bajo el control del demandante. Otros criterios fueron que no todos los problemas de negocios podían traducirse en una expropiación y que las leyes fiscales mexicanas no le daban el derecho a CEMSA a obtener las devoluciones de la exportación de los cigarrillos, sino sólo el derecho a la aplicación de una tasa del 0%. No obstante que se determinó la existencia de inconsistencias y arbitrariedades en la conducta de las autoridades fiscales, no llegaron a niveles de una apropiación o “taking”, como se denomina en el argot estadounidense.

En relación con la reclamación de violación de trato nacional, el Tribunal sostuvo que México había violado los derechos del demandante a no ser discriminado (de conformidad con el artículo 1103 del TLCAN) ya que le permitió a un revendedor local (el Grupo Poblano) la oportunidad de hacer dichas devoluciones, mientras las negaba a CEMSA.

7 Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo de Diciembre de 2002.

El Tribunal emitió un laudo condenando al pago de \$9,464,627.50 pesos más intereses.

III. LAS CUESTIONES JURÍDICAS INVOLUCRADAS

Como seguramente ha observado el lector, las cuestiones jurídicas más recurrentes han sido: (a) el deber de dar un trato justo y equitativo; y (b) expropiación (y medidas equivalentes a la misma). Esto no debe sorprender. Después de todo, se trata de los temas más debatidos en la rama del derecho internacional de las inversiones extranjeras (un cuerpo legal caracterizado por puntos de vista agudamente opuestos y atrincherados). A continuación comentaré brevemente sobre cada uno.

A. Trato Mínimo

El artículo 1105(1) del TLCAN establece que:

“1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

Otros tratados de inversión contienen textos substancialmente similares (si no es que idénticos).

Dicho texto es el producto de un periodo largo de experiencias a las cuales México ha contribuido en forma importante. La contribución de México ha sido histórica y contemporánea, y no sólo se relaciona con el texto actual, sino también con su contenido, interpretación y aplicación.

Para comenzar con experiencias históricas, dos casos que han involucrado a México son rutinariamente citados como importantes fuentes legales de orientación sobre el nivel de trato que cae dentro de los estándares internacionalmente aceptados: Neer y Roberts. Ambos casos son producto de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos establecida en 1924 con la finalidad de resolver reclamaciones que derivaban de la revolución mexicana. Sucintamente, Neer⁸ involucró el asesinato de un ciudadano estadounidense (Neer) que era superintendente de una mina en México por un grupo de hombres (no afiliados al gobierno) en camino a su casa después del trabajo. Roberts⁹ versó sobre el tratamiento de un ciudadano estadounidense (Roberts) que fue arrestado por lesiones y encarcelado durante 19 meses en una cárcel pequeña, saturada, sin comodidad/mueble alguno, carente de sanitarios, y en donde la comida era escasa, sucia y soez.

Estos casos son frecuentemente citados en fuentes autoritativas como ejemplos del tipo de conducta atribuible al Estado que genera responsabilidad internacional por ser violatoria al deber de brindar trato conforme a estándares mínimos. Fundamentan la proposición (genérica) que un Estado le debe a extranjeros plena protección y seguridad. El que éste estándar incluya “trato justo y equitativo” parece ser de una cosecha más reciente, pero (que tenga conocimiento) no ha sido cuestionado el que forme parte de dicho estándar.

Suficiente historia. En relación con la interpretación contemporánea del contenido de lo que constituye “tratamiento acorde con derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo y seguridad y protección plena”, México también ha proporcionado experiencia. Los casos resumidos en la sección II de esta nota dan contenido a éste abstracto estándar.

En lugar de resumir cuál es dicho contenido (lo cual ameritaría un estudio independiente, so pena de ser tildado de simplista) tan sólo comentaré sobre la importancia de dicha labor, particularmente por el perfil de las autoridades a las que va dirigidas. Por las razones detalladas en la sección IV.C de este estudio, dar contenido a lo que significa “trato acorde con derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo y plena protección y seguridad” es de importancia capital para las autoridades mexicanas.

B. Expropiación

El artículo 1110(1) del TLCAN establece que:

“Artículo 1110. Expropiación e indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1);
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

La expropiación ha sido desde hace tiempo el dolor de cabeza del derecho internacional de las inversiones extranjeras. La redacción de éste artículo podría, en forma resumida, ser considerada como abarcando dos especies de dicho género: (i) expropiación directa; y (ii) expropia-

8 U.S.A. (*L.F. Neer*) v. *United Mexican States*, (1926), RIAA, iv.

9 U.S.A. (*H. Roberts*) v. *United States*, (1926), RIAA iv. 41.

ción indirecta. Mientras que la primera se refiere a los actos de Estado que son claramente expropiaciones (actos que transfieren la propiedad de activos), las segundas (“medidas equivalentes a expropiación”) se refieren a otras actividades que afectan la propiedad privada y que pueden (o no) transferir los derechos de propiedad o interferir en forma no-razonable con el uso, goce y explotación de derechos de propiedad. Estos actos pueden involucrar impuestos, regulación o demás actos que no se refieran a regulación o imposición de impuestos de buena fe, o demás conducta estatal que forme parte de las facultades de policía de un Estado. Estas han sido en ocasiones ‘eufemísticamente’ bautizadas como “creeping expropriation”.

Un lector letrado en ésta área seguramente sujetaría mi descripción anterior a matices o refinaciones. Son bienvenidas. No sólo porque mi descripción es un resumen, sino también porque toda el área está sujeta a controversia. No abundaré sobre la misma más que para comentar sobre los casos que a la fecha han involucrado a México: los tribunales que han conocido de estos temas no han centrado su análisis en la forma, método o denominación de las medidas que pueden ser equivalentes a expropiación. Más bien, se han enfocado en el resultado: si ha existido una transferencia de propiedad, o si la inversión fue tan afectada que el inversionista no pueda funcionalmente obtener los beneficios de la misma. Dicho de otra manera, los tribunales generalmente hacen un “análisis de los efectos” (“effects test”) para considerar si están en presencia de una “medida equivalente a expropiación”.

IV. LOS ArgumentOs EN CONTRA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El arbitraje de inversión ha atraído mucha atención no sólo de la academia, sino también de los frentes políticos y civiles. México no es una excepción. En esta nota abordaré únicamente los cuestionamientos serios que se han presentado, haciendo caso omiso de la diatriba atávica que, si bien abundante, es en gran medida auto-destructiva.

Me he encontrado con dos argumentos que merecen ser sondeados: (a) si el arbitraje de inversión compromete la soberanía nacional; y (b) la posible violación de la garantía de igualdad; y (c) la incertidumbre derivada de la posibilidad de que el derecho internacional pueda ser violado no obstante el acatamiento del derecho local.

A. Violación a la Soberanía

Se ha sostenido que el juzgamiento por tribunales arbitrales de actos de Estado constituye una violación a la soberanía nacional. En mi opinión, la preocupación es infundada puesto que: (1) la soberanía, correctamente entendida, no implica libertad de hacer lo que el gobierno quiera, sino libertad de hacer lo que el derecho le autoriza; y (2) es en ejercicio de la soberanía que existe el arbitraje de inversión. Me explicaré.

1. La Soberanía no significa libertad irrestricta

Tradicionalmente, la soberanía, que ha sido definida como la negación a toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder,¹⁰ se compone de dos nociones: independencia y supremacía. La independencia mira hacia el exterior. Se entiende cuando se aprecia en la forma en la que un Estado convive con otros miembros de la comunidad internacional. De esta manera, implica que el Estado se mueve en un plano de igualdad frente a los otros Estados. La supremacía mira hacia el interior. Implica la potestad que el Estado ejerce sobre los individuos y las colectividades dentro de su órbita. Es decir, mientras que la soberanía hacia dentro es superlativa, hacia fuera es igualitaria.

Desde la perspectiva internacionalista, la soberanía es independencia. Dicha independencia se externa con respecto a la libertad de acción fuera de sus fronteras, y es interna con respecto a la libertad de acción de un Estado dentro de sus fronteras. La independencia y la autoridad territorial y personal son los tres aspectos principales de la soberanía.¹¹ La explicación anterior parecería cimentar, más que refutar, la observación que estoy en vías de comentar. Sin embargo, al profundizar sobre ello el lector percibirá el error conceptual.

La soberanía no implica ausencia de límites. Todo lo contrario, es en ejercicio de la soberanía que un pueblo se autolimita mediante la creación de un régimen constitucional que, además de establecer las funciones de un gobierno y dar las atribuciones del mismo, toma un paso adicional que es crucial: establece las limitantes del mismo.

La importancia de limitar el ejercicio de las funciones de un gobierno radica en que se establecen las bases con fundamento en las cuales se podrá encausar o, de ser necesario, detener el poder público que a través de las mismas una autoridad ejerce.¹² De lo contrario, el ejerci-

10 Definición adoptada por Jellinek y Tena Ramírez, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, pg. 6.

11 Oppenheim's International Law, pg. 382.

12 El método es el Juicio de Amparo.

cio del poder público haría de los gobernados víctimas seguras del poder que estos últimos atribuyeron a la clase gobernante.

El que un Estado sea, como resultado de su soberanía, supremo dentro de su territorio no significa que tiene la habilidad de actuar en la forma que quiera. De hecho, la libertad, correctamente entendida, nunca implica el derecho a hacer lo que su titular desee, sino el derecho a escoger entre las opciones lícitas. De lo contrario, la libertad degeneraría en libertinaje.

Lo anterior es cierto tanto desde la perspectiva interna¹³ como internacional. Sobre esta última, existen ciertos pasajes en la famosa obra Oppenheim's International Law que no sólo son relevantes, sino elocuentes:¹⁴

"La independencia no es la libertad ilimitada de un Estado para hacer lo que quiera. El hecho que un Estado sea un miembro de la comunidad internacional restringe su libertad de acción como resultado de las diversas reglas del derecho internacional consuetudinario que lo vinculan y como resultado de las diversas obligaciones derivadas de tratados que le afectan en la administración de sus asuntos internacionales."¹⁵

En otra parte, la misma obra continúa aclarando que: "Como consecuencia de su independencia interna y auto-ridad territorial, un Estado puede adoptar cualquier cons-titución que desee, manejar su administración en la forma que lo considere apropiado, adoptar las leyes que quiera, organizar sus fuerzas armadas en tierra y mar, construir y destruir instalaciones militares, adoptar cualquier política comercial que desee, etcétera—sujeto siempre, evidente-mente, a las restricciones impuestas por el derecho con-suetudinario internacional o por los tratados que le vincu-lan."¹⁶

En forma conclusiva, "Como la independencia, la supre-macía territorial no establece libertad ilimitada..." ("Like independence, territorial supremacy does not give unlimited liberty of action...")¹⁷

Como puede verse, la soberanía, si bien implica que un pueblo puede hacer de sí mismo lo que quiera, no implica que el gobierno puede hacer lo que quiera. La observa-ción parece banal,¹⁸ pero invito al lector a que reflexione sobre la misma. Al hacerlo, se dará cuenta que adopta una noción Aristotélica de la libertad: la libertad no es la facultad de hacer lo que uno desee; es la facultad de ha-cer lo que uno desee dentro el margen de acción de lo correcto, o, tomando una postura un poco más legalista, de lo lícito. Es decir, la libertad no es la facultad de optar por conducta vedada. Ello no es libertad, sino un abuso de la misma; es libertinaje.

Atemos tanto la noción interna como internacional de so-beranía. Internamente, la soberanía implica supremacía sobre los suyos y su territorio; pero, dado que el ejercicio de la misma debe ser acorde con los requisitos que, como resultado de la autolimitación, estableció el constituyente, bajo el ejercicio de la misma no puede justificarse con-ducta que deje de observar dichas limitantes.

Internacionalmente, la igualdad con la que se maneja el Estado implica que otros miembros de la comunidad in-ternacional no deben ejercer poder sobre el mismo; de-ben respetarlo como par.

Entendido lo que en verdad busca resguardar la sobera-nía, ¿cómo puede entenderse que los tribunales arbitrales violen la misma? La misión de estos tribunales es exclusi-vamente identificar si el ejercicio de una facultad transgrede o no una norma que el Estado libremente se comprometió a cumplir. Un Estado no pierde margen de acción por las determinaciones de un tribunal arbitral, ni se ejerce pre-sión alguna para que un gobierno adopte un curso de acción distinto al que preferiría tomar. Lo único que se hace mediante el arbitraje de inversión es poner en ma-nos de un mecanismo totalmente neutral la determina-ción de si un Estado ha cumplido con lo que se compro-metió a cumplir.

13 Tena, pgs. 9 y 10.

14 Oppenheim's International Law, pg. 390.

15 Citas omitidas y énfasis añadido. El texto en inglés dice: "Independence is not unlimited liberty for a state to do what it likes. The fact that a state is a member of the international community restricts its liberty of action, because of many rules of customary international law binding upon it and because of the many treaty obligations which affect it in the management of its international affairs."

16 Oppenheim's International Law, pgs. 383-384. El texto en inglés dice: "In consequence of its internal independence and territorial authority, a state can adopt any onstitution it likes, arrange its administration in any way it thinks fit, enact such laws as it pleases, organize its forces on land and sea, build and pull down military installations, adopt any commercial policy it likes, and so on—subject always, of course, to restrictions imposed by rules of customary international law or by treaties binding upon it."

17 Oppenheim's International Law, pg. 391.

18 Es interesante hacer notar una paradoja. Curiosamente, muchas afirmaciones profundas de diversas ciencias parecen, a primera vista, dar la apariencia de exacta-mente lo contrario: superficialidad. Sin embargo, vencida esa primera apariencia, y resistida la tentación de quedarse con la misma, si se profundiza sobre la misma se aprecia lo rico de la misma. Me disculpo por la digresión.

Desde Hobbes (en *Leviatán*) ha sido comúnmente aceptado que una de las funciones del Estado es proteger a sus integrantes de depredadores, incluyendo el Estado mismo. En arbitraje de inversión no es más que un mecanismo más para realizar dicha función.

La soberanía, que es tan frecuentemente citada por países latinoamericanos, es—en este contexto—citada para la conclusión equivocada. De hecho, es como resultado de la soberanía que existe el arbitraje de inversión, como ahora explicaré.

2. El arbitraje de inversión producto de un acto soberano
El arbitraje de inversión es el mecanismo al cual los Estados que buscan atraer inversión extranjera han acudido con la finalidad de darle credibilidad a la promesa que mediante los tratados de inversión han realizado a la comunidad internacional. En ausencia de dicho mecanismo, la duda que siempre subsistiría en las mentes de inversionistas potenciales es: ¿cómo puedo confiar en que éste Estado Huésped cumplirá con las promesas realizadas mediante el tratado de inversión?

Uno podría contestar: mediante tribunales nacionales. Sin embargo, esta respuesta sería el equivalente (a los ojos del inversor) de decir “usted sabe que cumpliré mis promesas/obligaciones puesto que así lo digo”, un argumento que nunca ha sido muy exitoso.

El arbitraje de inversión es el producto de soberanía simplemente puesto que deriva de un acto de Estado: un tratado.

Este simple (posiblemente obvio) hecho es descuidado por los proponentes de la teoría que el arbitraje de inversión viola la soberanía nacional. ¿debemos darle crédito a un argumento que postula que un Estado pierde soberanía cuando es forzado a cumplir con sus promesas (hechas para atraer inversión extranjera)? Es decir, ¿por su necesidad de cumplir con *pacta sunt servanda*? Francamente creo que no.

Los tratados de inversión son mecanismos para atraer inversión. Para lograr dicha finalidad, los Estados Parte de los mismos hacen una serie de promesas a la comunidad

de inversionistas internacionales que tienen por objetivo incrementar el atractivo de una jurisdicción como posible lugar de negocios.

Para entender porqué, invito al lector a que se ponga en los zapatos del Director de Finanzas de una sociedad transnacional o de un fondo de inversión que debe decidir dónde colocar recursos que le han sido confiados. Entre los elementos que el financiero en cuestión aquilatará está no sólo el retorno que puede obtener de cierta inversión, sino el riesgo involucrado. Analizará las diversas oportunidades de negocios en diversos mercados (jurisdicciones) del mundo. Es posible que existan proyectos atractivos en, por ejemplo, tres jurisdicciones: Colombia, Indonesia y México. Las tres ofrecen una posibilidad interesante de retorno a la inversión, pero sólo puede (o debe) invertir en una. Luego procederá a determinar el riesgo involucrado. Al hacerlo, tomará en cuenta, entre otros factores, el riesgo político¹⁹ de dicho mercado y la existencia de otras garantías que le brinden seguridad no sólo al principal invertido, sino también a la repatriación de utilidades de la misma. Dado que los tres países están “compitiendo” por dicha inversión, necesariamente serán comparados. El ejercicio de comparación no sólo analizará factores sociales, políticos y económicos, sino también jurídicos: la existencia de mecanismos creíbles para ventilar problemas que surjan. Téngase en cuenta que se trata de una jurisdicción foránea, por lo que el acceso a una infraestructura imparcial en donde se puedan ventilar las controversias que puedan surgir de la inversión se preferirá a simplemente contar con los mecanismos legales internos para atacar los actos de Estado, máxime que los órganos ante quienes se tendrían que enderezar los recursos legales son parte del Estado contra quien se entablarían. Por ello, aún asumiendo que fueran en verdad imparciales,²⁰ es preferible—por apariencia de neutralidad— contar con el recurso adicional de acudir al mecanismo neutral.

Es en esta coyuntura en que cobran importancia los tratados de inversión. Estos instrumentos logran justamente estos objetivos. Los resultados han sido palpables. Los inversionistas extranjeros prefieren acudir a jurisdicciones que les proporcionan estos derechos adicionales. Como prueba de ello, me refiero a la enorme propagación de estos instrumentos a nivel mundial,²¹ así como el incremento

¹⁹ El “riesgo político” también conocido como “*Country-Risk Analysis*”, implica mucho más que el sistema político de un país. Abarca toda aquella circunstancia que influya sobre el ‘clima’ político y el mercado de un país que pueda ser relevante para efectos de una inversión e incluye, pero no está limitado a, lo siguiente: el marco jurídico, el

acatamiento de las leyes, aspectos sociales y económicos, las existencias de diferencias de idioma, étnicas y religiosas que puedan restarle estabilidad a un país, movimientos nacionalistas extremos, movimientos xenófobos que puedan dar pie a preferencias en el trato de extranjeros frente a nacionales, condiciones sociales desfavorables incluyendo polarización social), conflictos sociales como lo pueden ser manifestaciones frecuentes, violencia, la existencia de guerrillas, la fuerza y organización de grupos radicales, la existencia de deuda extranjera, las reservas internacionales, crecimiento económico, exportaciones, etc. (ver Steven Husted y Michael Melvin, *INTERNATIONAL ECONOMICS*, Ed. Addison-Wesley, U.S.A. Fourth Ed., 1998, pgs. 527-531.)

²⁰ Algo que la experiencia internacional ha demostrado que con frecuencia no ocurre.

²¹ El número de tratados de inversión depositados ante las Naciones Unidas excede de dos mil.

en las inversiones que en nuestra economía ha tenido lugar desde la entrada en vigor del TLCAN, y los demás tratados de inversión que México ha celebrado.

Entendida la utilidad económica y práctica de estos instrumentos, vale la pena tocar el punto fundamental que deseo soslayar en esta sección: el mecanismo a través del cual se manifiestan estas promesas para atraer la inversión son actos soberanos: la celebración de tratados internacionales.

El contenido de estos actos soberanos es, visto constitucionalmente, el establecimiento de normas que autolimitan el actuar de autoridades mexicanas a cumplir con las garantías de seguridad jurídica que contienen los mismos. Estas garantías incluyen, por lo general, el trato a la inversión, obligación de no discriminación, la promesa de no expropiar sin el pago de una compensación a valor de mercado, y el compromiso que cualquier duda sobre el cumplimiento de las mismas será ventilado, a elección del inversionista, ante las instituciones legales nacionales o ante un tribunal arbitral. La misión del tribunal arbitral no será otra que decidir si se observaron las promesas realizadas por el Estado Huésped en relación con la inversión. Nada más, y nada menos. Luego entonces, es en cumplimiento con el acto soberano de comprometerse contractual e internacionalmente que un tribunal arbitral actúa. El procedimiento arbitral y la resolución (laudo) que a ello recaiga, no será más que el resultado del deseo del Estado de atraer inversión mediante promesas y el principio *pacta sunt servanda*. Por consiguiente, las supuestas “limitantes a la soberanía” que derivarán de un tratado de inversión son el producto de la soberanía misma.

Como se explica en *Oppenheim's International Law*:
“...existen diversas obligaciones que un Estado puede asumir mediante tratados, sin por ello perder su independencia interna ni supremacía territorial...probablemente no existe Estado alguno que de alguna manera u otra no haya restringido su supremacía territorial mediante tratados con otros Estados.”²²

Si se acepta que la soberanía implica la libertad de un Estado de contratar internacionalmente, y que los pactos deben cumplirse, necesariamente se concluye que los procedimientos arbitrales son el resultado del ejercicio de la facultad soberana de entablar relaciones jurídicas internacionales. Su validez tanto desde la perspectiva interna como internacional queda entonces resguardada.

B. Violación a la garantía de igualdad

Hay quien ha considerado que la posibilidad de que extranjeros tengan derechos adicionales a los nacionales—consistentes en las garantías de seguridad contenidas en los tratados de inversión y el mecanismo arbitral para hacerlas valer—es una violación a la garantía de igualdad.

Disiento por los siguientes motivos: (1) no hay diferencia de trato puesto que el mexicano y el extranjero sí tienen los mismos derechos bajo los tratados de inversión al invertir en una jurisdicción diferente a la de origen; (2) el nacional y el extranjero no son jurídicamente iguales por lo que el trato diverso en territorio mexicano no es inconstitucional; y (3) el diferente trato jurídico de cada uno resuelve el problema que la diferencia sustantiva ha provocado.

1. Mismos derechos

El sujeto activo de los derechos contemplados en los tratados de inversión son los inversionistas extranjeros. Si un mexicano realiza un proyecto de inversión en el mercado del otro Estado parte de un tratado de inversión, se convierte en un “inversionista extranjero” y, por ende, titular de las normas protectoras de su inversión. En caso de que su inversión sea en su país de origen, no será “inversionista extranjero”, y por ende las normas protectoras a la inversión no aplican a su operación.

Se ha dicho que el que un inversionista extranjero tenga vis-à-vis el inversionista nacional los derechos adicionales contenidos en el tratado de inversión es contrario a las garantías de igualdad contenidas en la Constitución. Poco importa que el mexicano tenga dichos derechos al momento de invertir en el extranjero puesto que no le resta al hecho que en sus operaciones en México carecen de derechos al compararlo con una persona que realiza las mismas actividades. Más aún, las garantías que la Constitución otorga tienen un ámbito espacial de validez limitado a México. Por consiguiente, no puede violarse dicho derecho en México bajo el argumento que el derecho que se le merma se le devolverá en otra jurisdicción.

Disiento de la postura. Es cierto que la Constitución Federal exige un trato igualitario a los destinatarios de una norma; sin embargo, el texto relevante para determinar la desigualdad no es la Constitución, es el tratado de inversión, y el tratado de inversión, dentro de su ámbito territorial de validez (que rebasa el nacional), respeta el principio de igualdad. Es decir, el radio de acción (los derechos que

22. *Oppenheim's International Law*, pgs. 392-393. El texto anterior es una traducción del autor. El original en inglés dice: “...there are many obligations which a state can assume through treaties, without thereby losing its internal independence and territorial supremacy...there is probably no state which is not in one point or another restricted in its territorial supremacy by treaties with other states.”

otorgan) las normas contenidas en los tratados de inversión son equitativas en cuanto a los sujetos a los que se destinan. El exigir que tengan los mismos derechos en México, tomaría sólo parte del ámbito de influencia de la norma, haciendo que la misma parezca dar menos derechos de los que en verdad otorga.

2. El Nacional y el Extranjero no son iguales

El mexicano y el extranjero son jurídicamente distintos. La esfera jurídica del mexicano contiene diversos derechos de los que carece en extranjero. En términos generales, los derechos de los que carece el extranjero son políticos, civiles y mercantiles. A su vez, existe un régimen de supervisión que implica notificación de actos diversos. No abundaré sobre el contenido de los mismos pues hacerlo constituye la materia de la condición jurídica del extranjero en México.

Al ser jurídicamente distintos, la (correcta) aplicación del principio y garantía constitucional de igualdad hace que, siendo desiguales, su régimen pueda ser desigual sin truncar el precepto constitucional.

Es la diferente esfera jurídica la que motiva (y justifica) la diferencia de trato consistente en derechos adicionales a nivel tratados de inversión. Los mismos (y el derecho internacional de las inversiones extranjeras) fueron concebidos como la respuesta al hecho de que los extranjeros no tenían los mismos derechos en las jurisdicciones en donde invertían.

3. Justificación de la diferencia de régimen

Dado que el contenido del principio de igualdad acogido por nuestro texto constitucional es: "trato igual a iguales y desigual a desiguales", la aseveración de desigualdad jurídica exige, para determinar su constitucionalidad, sondear si la disparidad de derechos otorgados o restringidos guarda una correlación lógica y jurídicamente justificada con la diferencia que los motiva.

Dicho de otra manera, no pueden restarse derechos a una persona argumentando alguna (cualquier) diferencia, cuando el régimen disimilar no la justifique. Debe existir una correlación lógica entre el derecho adicional dado o quitado y la diferencia en base a la cual se toma dicho paso. Hacerlo violaría el principio de igualdad.

Entonces, la pregunta se torna en si los derechos contenidos en los tratados de inversión se justifican a la luz de las diferencias que se sostiene que las motiva. La respuesta es genérica: dado que (a) los extranjeros carecen, no sólo de ciertos derechos sustantivos bajo los derechos nacionales, sino—lo que es más importante—también ciertos recur-

sos (notoriamente los políticos) para atacar actos que pueden interferir con su inversión; y (b) históricamente la respuesta que el anterior fenómeno ha generado es la protección diplomática, se ha estimado que la mejor manera de abordar el problema es canalizándolo a un foro que sea totalmente imparcial y neutral para su resolución. El arbitraje de inversión reúne dichas cualidades.

C. Violación del derecho Internacional no obstante el cumplimiento con derecho nacional

Este fenómeno ha inquietado a muchos, particularmente a autoridades. Después de todo, puede ser desconcertante que una autoridad local, que ha cumplido con todos los requisitos que le son aplicables bajo derecho nacional, pueda estar violando derecho internacional. Sin embargo, la preocupación carece de mérito.

Es cierto. Es jurídicamente posible que un acto de autoridad sea lícito bajo derecho mexicano y aún así incumpla con lo dispuesto en los tratados de inversión. Sin embargo, no considero que ello sea intolerable, sino plausible.

Desde los primeros casos en los que México fue parte se detectaba que los tribunales arbitrales valoraban la conducta que suscitaba la reclamación de inversores bajo un estándar adicional que simplemente su legalidad bajo derecho mexicano. Dicha corriente de opinión se cristalizó en el caso Tecmed. El párrafo 120 del Laudo final contiene dicha noción. Cito el párrafo 119 para no sacarlo de contexto:

"119. Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna. También lo es que en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales que deberán apreciarse en que medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuales son los límites que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad.

120. Sin embargo, la perspectiva de este Tribunal Arbitral es distinta. Su función es la de examinar si la Resolución infringe el Acuerdo a la luz de las disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la Resolución, a los efectos de determinar si fue o no legalmente expedida su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el Acuerdo fue o no violado. Que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa

que lo sea bajo el Acuerdo o el derecho internacional. [citas omitidas]" (énfasis añadido)

Es la oración subrayada la que ha levantado cejas. En mi opinión, ¡debería ser labrada en piedra! Lo anterior por varias razones.

En primer lugar, manifiesta un correcto entendimiento del estándar de revisión del tribunal arbitral. En segundo, puede anotarse como una victoria de los internacionalistas que durante tanto tiempo han procurado hacer valer la noción que el derecho internacional constituye una cuerpo legal adicional que el Estado debe acatar, so pena de convertir su derecho en un instrumento de autoritarismo.

Abundaré al respecto.

La misión de un tribunal arbitral constituido de conformidad con un tratado de inversión es verificar si las normas contenidas en un tratado de inversión han sido acatadas en un caso particular. Nada más, nada menos. En la realización de dicho deber puede ser relevante el acatamiento de derecho local, pero también puede ser perfectamente irrelevante. El motivo es sencillo: se trata de un estándar de revisión distinto al de derecho local. Por ello, la generación de responsabilidad bajo derecho internacional puede incluir en su ecuación determinaciones de derecho local, o puede hacer caso omiso de las mismas.

La aseveración anterior, que puede parecer evidente a un abogado internacionalista, ha probado ser intolerable para muchos. Sin embargo, correctamente entendida, no difiere de la forma en que otras ramas del derecho (y tribunales nacionales) operan. Un hecho puede impactar diversas áreas jurídicas, y será el juez (o árbitro) competente bajo cada uno de dichos cuerpos legales quien lleve a cabo el análisis correspondiente en forma independiente.²³ Por alguna razón, el hecho que uno de dichos ordenamientos sea derecho internacional y que el "juez" sea un árbitro, ha generado

crítica. Considero que es infundada.

Como no deseo reducir la complejidad de la interrogante para dar la apariencia de que es evidentemente infundada,²⁴ la defenderé por un momento. Posiblemente la preocupación reside en que dicha teoría puede situar a una autoridad en la desafortunada situación de no saber a qué atenerse al momento de actuar puesto que no sabe cómo vislumbrarán, ex post facto, los miembros de un tribunal arbitral la conducta en cuestión, máxime que la aquilatarán a la luz de principios abstractos contenidos en un tratado internacional que, dada la cantidad de los que existen—y que promete crecer—es posible que la autoridad no conozca. Entendida de esta manera, la postura tiene un punto interesante, que a continuación abordaré. Es cierto que los principios internacionales contenidos en los tratados de inversión son abstractos. También es cierto que ya son muchos los tratados y es fácil que no se conozcan en su totalidad por las autoridades, y es casi seguro que no sabrán, a priori, cómo los concebirán o el contenido que les darán tribunales internacionales. Sin embargo, considero que ninguna de las preocupaciones es lo suficientemente válida para desvirtuar el mecanismo.

Sobre la abstracción vale la pena hacer tres observaciones. Lo abstracto de las normas obedece a que se está en presencia de una de las áreas más espinosas del derecho internacional, cuyo contenido ha sido intensamente debatido, por lo que la solución jurídica que se les ha dado es establecer un "estándar" que tome en cuenta las circunstancias del caso.²⁵ En segundo lugar, lo abstracto (e inclusive extraño) que pueden parecer dichas normas obedece a que se está utilizando una técnica jurídica distinta a la que se acostumbra en México: la reglamentación vía estándar, a diferencia de reglamentación vía regla—que es el más utilizado en México.²⁶ Por lo general, en los sistemas jurídicos civilistas se acude al segundo tipo de regulación, mientras que el primer tipo de regulación es aquella

23 Pondré algunos ejemplos: el incumplimiento de un contrato puede tener implicaciones civiles (que serán determinadas por un juez de lo civil), mercantiles (que podrían ser ventiladas por un tribunal arbitral o un juez mediante un procedimiento ordinario mercantil), cambiarias (por involucrar un pagaré y serían ventiladas por el juez competente de conformidad con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), e implicar el desplazamiento de un competidor, y por ende posiblemente suscitar aspecto de competencia económica—lo cual determinaría la Comisión Federal de Competencia.

Otro ejemplo más sencillo puede ser un accidente que pueda generar responsabilidad civil (reparación del daño) y penal (lesiones); o una desviación de recursos que puede implicar consecuencias civiles (nulidad del acto, responsabilidad por hecho ilícito, enriquecimiento sin causa), penales (abuso de confianza, fraude o peculado) y mercantiles (acción de responsabilidad), etcétera. Los ejemplos son infinitos. El fenómeno anterior obedece a una misma razón: el mismo acto generará aristas legales bajo diferentes cuerpos normativos. Cada uno que cuenta con un órgano aplicador del derecho distinto (sea juez penal, tribunal arbitral) que juzgará bajo el estándar de revisión contenido en el derecho aplicable, la generación (o no) de responsabilidad legal bajo dicho cuerpo.

¿Qué hay de diferente con el arbitraje de inversión? El que un acto de autoridad sea lícito bajo una legislación administrativa de un Estado (por ejemplo, una expropiación cuya indemnización sea el valor catastral), puede incumplir con la promesa de un tratado de inversión (que la compensación no sea inferior a valor de mercado). ¿Porqué extraña esto?

24 Una técnica frecuentemente utilizada en la argumentación y que se le conoce como el "Strawman" (el espanta-pájaros). La técnica consiste en reducir la complejidad o solidez de un argumento a un aspecto sencillo (casi absurdo) para luego proceder a realizar la fácil tarea de desvirtuarlo (de allí la utilización de "strawman": es más fácil ganarle a un espanta-pájaros que a un contrincante verdadero). No me interesa incurrir en dicha falaz y deshonesto manera de argumentar.

25 Sobre los motivos de porqué el derecho internacional de las inversiones extranjeras es tan controvertido, puede acudirse el capítulo VIII sobre arbitraje de inversión en la obra "ARBITRAJE", de Francisco González de Cossío, Porrúa, 2004.

26 Aunque la tendencia en nuestro sistema jurídico es reglamentar vía regla, existen algunas normas que adoptan estándares. Por ejemplo, el estándar de "buen padre de familia" contenido en el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

preferida por sistemas consuetudinarios (del common law). Ambos sistemas pueden ser utilizados y tienen ventajas y desventajas. Si bien no abundaré sobre las mismas, mencionaré que, mientras que la regla da más certeza, el estándar es más flexible y con frecuencia más útil para llegar a un resultado justo o apropiado. Sin embargo, exige más del jugador.

En tercer lugar, invito al lector a que considere el contenido que se le ha dado a las normas en cuestión. Las reglas que pueden derivarse de los casos que a la fecha se han seguido, y que son relevantes en esta discusión, son que un acto de autoridad que cumple con derecho local, violará el deber de trato justo y equitativo si su sanción no es proporcional a la conducta que lo motiva.

¿Debe preocupar dicha interpretación del contenido de las normas de los tratados de inversión?, ¿Qué hay de malo con que, además de ser lícito, el acto de autoridad sea justo, o proporcional, o transparente?

Voltearía la pregunta a quien en base a lo anterior pone a los tratados de inversión en tela de juicio: ¿en verdad nos molesta comprometernos a que nuestras autoridades no tratarán en forma justa y equitativa a una inversión?, ¿es cuestionable la interpretación que los actos de autoridad que sancionen debe ser proporcionales a las omisiones que en inversionista incurrió?

Considero que la respuesta objetiva a todas las preguntas anteriores es negativa.

C. Mediante el arbitraje de inversión se juzga a las autoridades Mexicanas bajo un estándar distinto del que están acostumbrados.

Existe otra fuente seria de preocupación del arbitraje de inversión que, si bien no he escuchado a nadie decir, posiblemente esté en proceso de gestación, o es el aspecto que aún no se articula por aquellos críticos de la institución cuando dicen que hay "algo" mal con la misma: el estándar de revisión bajo el cual se juzga conducta gubernamental bajo tratados de inversión difiere del derecho originalmente aplicable, no sólo en cuanto a contenido sino también en método. Me explicaré.

México sigue un sistema de tradición civilista y, en su mayoría, involucra un sistema de legislación por reglas. Lo anterior implica que, en general, el derecho mexicano está compuesto por reglas y no por estándares. Las autoridades mexicanas están acostumbradas a saber cuáles son sus facultades y poderes, así como su alcance, mediante la revisión de cuerpos legislativos que detallan con bas-

tante precisión no sólo qué deben hacer, sino también cómo hacerlo. Saben que si siguen dichas reglas, su conducta no será tildada de inválida (o inconstitucional).

Las autoridades mexicanas no están acostumbradas a estándares. Cuando observan derecho basado en estándares sienten que no se proporcionan suficientes lineamientos sobre el nivel de escrutinio al cual se someterán sus actos. Esto es en contraste con otros sistemas, notoriamente el consuetudinario (common law) y el internacional. Por consiguiente, esta divergencia constituye una fuente de tensión, confusión y crítica que es válida, por lo menos desde la perspectiva de estas autoridades.

Desde la perspectiva de las autoridades mexicanas, dada la ambigüedad de estándares y diferencia de método, qué puede constituir una violación a un tratado de inversión es el resultado de una apreciación totalmente casuista y subjetiva; y, en el momento en que ocurren los eventos, no tienen manera de saber quien será el tribunal arbitral ni su perfil.

Lo anterior no sólo en cuanto al contenido del estándar, sino también en cuanto al método de llegar al mismo y su aplicación.

Lo anterior genera la siguiente interrogante: ¿qué hacer? ¿Es esta diferencia en antecedentes y métodos legales una razón lo suficientemente buena como para desechar todo el mecanismo de arbitraje de inversión?

Considero que no. El sostener que dicha diferencia es suficiente para deshacerse de la institución sería una postura localista y reprobable. Implicaría que problemas de tipo Torre de Babel son insuperables, cuando en verdad no lo son. Crear paredes legales simplemente por la existencia de diferencias culturales o jurídicas nunca es la mejor solución. Las diferencias son mejor apreciadas como oportunidades que como problemas.

Pero es necesario tomar cartas en el asunto. Las diferencias necesitan ser entendidas y utilizadas a favor de la institución. Para ello, considero que existen dos pasos inmediatos y necesarios. Primero, a nivel local: algún tipo de campaña de divulgación y conocimiento del derecho internacional de la inversión extranjera debe tener lugar para familiarizar a las autoridades locales con dichos estándares. Esto reducirá la división entre las perspectivas locales e internacionales, que en forma creciente merecen menos mérito. En segundo lugar, los tribunales arbitrales deben entender las diferencias e incluirlas en su proceso de toma de decisiones (incluyendo las determinaciones fácticas y la aplicación de derecho) con la finalidad de no

apresurarse a encontrar una violación cuando pueda ser que estén en presencia de una diferencia cultural o legal.

En gran medida este segundo paso ya tiene lugar. Al escoger un árbitro con los antecedentes legales y culturales del Estado Huésped, no sólo se filtra el derecho nacional al proceso cognoscitivo del tribunal, sino también el *modus operandi* local. Visto de esta perspectiva, esto es precisamente lo que hace del arbitraje de inversión la institución mejor equipada para resolver el fenómeno descrito.

V. RESPUESTAS DE MEXICO

La respuesta legal de México a lo anterior ha sido en dos vertientes: (a) la emisión de una nota interpretativa; y (b) asegurarse.

A. Nota Interpretativa

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio emitió una nota interpretativa cuya porción relevante al artículo 1105(1) del TLCAN establece que: "B. Estándar Mínimo de Tratamiento de conformidad con el Derecho Internacional

1. El artículo 1105(1) prescribe los estándares mínimos que el derecho consuetudinario internacional establece para el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo que debe ser brindado a las inversiones de inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un tratamiento adicional a, o mejor que, aquél que es requerido por el estándar mínimo contenido en el derecho consuetudinario internacional para el tratamiento de extranjeros.
3. Una determinación de que ha existido una violación de otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional independiente, no implica que haya existido una violación del artículo 1105(1)."²⁷

Como puede observarse, la nota busca clarificar que el ámbito de protección otorgado de conformidad con el artículo 1105 no es adicional a los umbrales ya existentes de protección bajo el derecho internacional. A su vez, busca evitar una determinación mecánica de una violación al

artículo 1105(1) en base a una determinación de violación de otros deberes.

Hay quien había sostenido que el artículo 1105 tiene que interpretarse como una capa adicional de protección a los estándares ya existentes de protección, o que incrementaban el nivel de protección mediante la reducción del umbral a partir del cual se generaría responsabilidad. Otros argumentaban que la disposición simplemente busca reflejar la protección existente a la fecha bajo derecho internacional. La clarificación contenida en la nota pone fin al debate.

Hay quien ha cuestionado lo adecuado de dicha nota interpretativa sosteniendo que es una clarificación *ex post facto* que busca servir a los intereses de los Estados que la emiten en detrimento de los inversionistas. Sin embargo, en la medida en que el artículo 1131 del TLCAN específicamente establece dicha posibilidad, el debate parece carente de sustancia. A su vez, además de su posibilidad legal, existen dos razones por las que considero que el mecanismo sirve un propósito positivo. Por principio de cuentas, el arbitraje de inversión es un mecanismo políticamente delicado que aplica estándares abstractos. Por ello, la posibilidad existe que un tribunal pueda adoptar una interpretación que (a los ojos del Estado Huésped) se salga del margen originalmente contemplado y comprometa el deseo de los Estados Huésped de continuar estando obligados a dichos estándares. El artículo 1131 establece una herramienta útil para corregir esta posibilidad, evitando tener que cuestionar en su enteraidad la institución de los tratados de inversión y el mecanismo de arbitraje contenido en los mismos. En segundo lugar, si bien en diferentes grados, los tres miembros del TLCAN son economías tanto importadoras como exportadoras de capital. Por consiguiente, tienen un interés en no ser demasiado restrictivos ni liberales en sus interpretaciones vinculativas. Esta situación funciona como un mecanismo autoequilibrante que evita que se "interprete" de una manera que opere como una derogación.

B. Seguro

El "riesgo" generado por la posibilidad de que inversionistas extranjeros tengan acceso al arbitraje de inversión puede ser abordado de la misma manera que

27 El texto anterior es una traducción del autor. La versión original en inglés establece que: "B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law
1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.
2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.
3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)."

otros riesgos: asegurándose en contra del mismo. Existen dos instrumentos tradicionales: (1) el Overseas Private Investment Corporation; y (2) el Multilateral Investment Guarantee Agency. A continuación comentaré cada uno.

1. OPIC

El Overseas Private Investment Corporation es una agencia del gobierno de los Estados Unidos cuyo propósito es la promoción de inversiones de inversionistas estadounidenses en otros países (nuevos y en vías de desarrollo). OPIC ofrece dos programas principales: (a) garantías para financiamiento directo y proyectos de inversión; y (b) seguros contra riesgos no comerciales. Al valorar si se debe apoyar un proyecto, OPIC analiza la contribución del proyecto al desarrollo económico.

2. MIGA

La Multilateral Investment Guarantee Agency es una organización internacional que forma parte de Grupo del Banco Mundial. Su propósito es la promoción de inversión extranjera directa mediante el otorgamiento de seguros a inversionistas o acreditantes contra riesgo político en sus proyectos con economías emergentes. Estas garantías funcionan como paraguas de protección al disuadir—dado el status de MIGA como parte del Grupo del Banco Mundial—conducta gubernamental que pueda interferir en las inversiones, otorgando el posicionamiento necesario para influir positivamente en la resolución de controversias sobre proyectos de inversión, lo cual redundará en beneficio de las posibilidades de inversión mediante el incremento de la confianza de inversionistas en la jurisdicción en cuestión.

Los riesgos políticos cubiertos oscilan entre expropiaciones, restricciones a la inconvertibilidad o transferencia de moneda, disturbios civiles, guerras, y violaciones contractuales.

De los anteriores, México ha contratado con OPIC²⁸ y está en vías de valorar el hacerse miembro del MIGA. Dado que OPIC está restringido a inversiones de E.U., la membresía con MIGA parece apropiado con la finalidad de abarcar inversiones distintas a las provenientes de E.U.

La adhesión a las instituciones anteriores es un paso positivo. En un principio, la respuesta al arbitraje de inversión era crítica. Aparentemente, la aproximación ha sido refinada, y, en mi opinión, debe ser aplaudida. Ya sea que el arbitraje de inversión persevere—lo cual considero que sucederá—o no, quejarse sobre los casos perdidos es destructivo y no lleva a nada.

El cambio de estrategia ha incluido otros pasos que indican que México ha tomado muy en serio el arbitraje de inversión. Ha ratificado (y continúa negociando) en exceso de 30 tratados de inversión que incluyen arbitraje (ya sea tratados de promoción y protección de inversión o tratados de libre comercio) y ha atacado los casos de los que ha sido parte con un equipo sofisticado y bien-asesorado de abogados con un entrenamiento internacional, así como asesores

externos que constituyen la crema y nata de la materia. El mensaje es claro: México ha honrado sus promesas realizadas mediante tratados de inversión.

Pero no todo merece aplauso. Algunos otros pasos deben tomarse. Considero que dos son indispensables: ratificar el Convenio CIADI, y realizar un programa de publicidad y conocimiento sobre el derecho internacional de las inversiones extranjeras (incluyendo los tratados de inversión) y sus estándares. De otra manera, las experiencias de Metalclad, Feldman y Tecmed se repetirán.

VI. COMENTARIO Final

No obstante que podría considerarse que de la “medalla” que he otorgado a México—como una de las fuentes de conocimiento y experiencia sobre arbitraje de inversión—es de mérito cuestionable (por no decir lamentable), desde hace tiempo he simpatizado con las palabras de Albert Camus “Quiero a mi país demasiado como para ser nacionalista”. En forma relacionada, Albert Einstein calificaba al nacionalismo como el sarampión de la humanidad.

El arbitraje de inversión ha evocado argumentos nacionalistas desde varios frentes.

Algunos son claramente absurdos—y por ende auto-destructivos—mientras que otros, no obstante que no son evidentemente absurdos, una vez puestos bajo el microscopio, se percibe que carecen de sustancia. Pero una constante es observable: el arbitraje de inversión ha funcionado y parece carecer de alternativas. Por ello, abrazar el mismo, planchando las arrugas que puedan detectarse, es una estrategia sabia. En este sentido, México está liderando el camino.

28 Firmado *ad referendum* el 9 de junio de 2003 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2004.

EL ARBITRAJE COMO ELEMENTO CLAVE EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN¹

Lic. Carlos J. Mc Cadden

En mi opinión la globalización es un fenómeno impulsado por los países que cada día exportan e importan más. Para que prospere, este orden económico internacional debe estar basado en la igualdad y en el beneficio mutuo.

Los agentes involucrados en comercio internacional tratan de alcanzar normas uniformes con el fin de que las mercaderías sean ágilmente compradas y vendidas. No obstante, esta tendencia produce una tensión porque los distintos países del mundo cuentan con diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos. La contribución jurídica para disminuir esta tensión ha sido muy grande pues no sólo se ha logrado la supresión de obstáculos en comercio internacional sino que se ha incrementado la capacidad de hacer negocios por medio de la previsión y el cálculo de rendimientos, lo cual habría sido imposible sin un mínimo de seguridad jurídica.

En el futuro las herramientas producidas por la cultura jurídica permitirán seguramente incursionar en nuevos mercados, y potenciarán la integración de países como México en escenarios hasta ahora imprevisibles. El arbitraje comercial internacional es una de estas herramientas, el cual se ha convertido en un elemento clave en la administración de riesgos en la contratación internacional.

Ciertamente la justicia es gratuita y podríamos recurrir a los tribunales mexicanos, o de cualquier otro país, para resolver las controversias que pudieran nacer de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Pero esta gratuidad no asegura que las controversias se resuelvan al menor costo. Por ello, desde el punto de vista de la racionalidad económica existen varias razones para preferir el arbitraje frente a los tribunales nacionales: i) en comercio internacional resulta casi imposible cuantificar los resultados de un litigio, sobre todo cuando ni siquiera se sabe en qué país se llevará a cabo, además de que podría hacerse en varios países simultáneamente; ii) al menos en México, el preferir a los juzgados nacionales frente al arbitraje representa una desventaja pues éste es uninstancial. Esto quiere decir que ante una "sentencia" arbitral, cuyo nombre técnico es laudo, no hay recurso

alguno. Al haber menos instancias el arbitraje resulta ser más breve que un juicio, y el "tiempo es dinero"; iii) es cierto que un tribunal arbitral cuesta dinero y un juez no, pero al costo habría que añadir la diferencia en la calidad de la resolución. Normalmente un laudo arbitral es dictado por un tribunal arbitral especializado en la controversia en cuestión; en cambio, nada garantiza que el juez local esté capacitado para entender y hacer justicia en una disputa comercial internacional; iv) quizá lo que más interesa a los hombres de negocios cuando entran a un litigio es la predictibilidad del resultado. No obstante, en un litigio ante tribunales estatales es difícil hacer un análisis costo-beneficio. En cambio, el arbitraje permite hacer cálculos sobre la conveniencia de entablar un litigio. Y una vez dentro permite también la posibilidad de hacer una elección económica racional sobre la posibilidad de un arreglo, y v) por último, puesto que los costos son determinantes en los negocios, nada es más costoso que perder un juicio cuando debió haber sido ganado.

Los hombres de negocios involucrados en operaciones de compraventa internacional de mercaderías buscan cuantificar y evaluar el riesgo involucrado en sus operaciones para poder administrarlo en la toma de decisiones. Esto resulta particularmente importante ante la eventualidad de situaciones litigiosas.

Un juicio ante tribunales nacionales produce incertidumbre jurídica con el riesgo de una contingencia desfavorable, desde el punto de vista económico lo que se particulariza en posibles pérdidas económicas difíciles de cuantificar. El arbitraje, en cambio, reduce y eventualmente elimina un sinnúmero de situaciones riesgosas y acota el riesgo financiero que involucra, lo cual permite cuantificar la probabilidad en diversos escenarios.

La buena noticia es que el incremento en el uso del arbitraje comercial internacional en el mundo ha llevado a México, particularmente desde 1993, año en el que se llevó a cabo la reforma en el Código de Comercio, a que nuestro país haya alcanzado el lugar privilegiado del que ahora goza.

¹ Conferencia pronunciada en el seminario "La adecuada protección jurídica de las empresas en sus operaciones de compraventa internacional de mercaderías" organizado por la ICC México, Comisión de Comercio Internacional, que se llevó a cabo el miércoles 17 de noviembre de 2004 en el Hotel Nikko de la Ciudad de México.

En esta ocasión, me propongo explicar por qué el arbitraje constituye un elemento clave en la administración de riesgos en la contratación internacional en diez partes: I. Riesgos en la contratación internacional; II. Marco jurídico del arbitraje comercial; III. ¿Qué es el arbitraje?; IV. Dos tipos de arbitraje: Ad hoc y el administrado; V. Los tribunales ante el acuerdo de arbitraje; VI. El nombramiento de árbitros; VII. La cláusula arbitral permite abrir un procedimiento; VIII. Laudo; IX. Administración de riesgo y cálculo del costo del arbitraje, y X. Conclusión.

I. Riesgos en la contratación internacional

Se ha dicho que en la contratación internacional la Convención de Viena y los principios UNIDROIT permiten garantizar que en el contrato de compraventa internacional las partes queden adecuadamente obligadas. Normalmente esto es suficiente pues si surge algún problema las partes encuentran la manera de funcionar adecuadamente, y eventualmente modifican sus contratos parcialmente para que no haya inconvenientes.

Pero, ¿qué sucede si los contratantes llegan a no estar de acuerdo o consideran que el contrato ha sido incumplido por la otra parte? La tendencia natural es que cada parte busque protección en los tribunales de su propio país. Pero, ¿será ésta la mejor manera de administrar riesgos en la contratación internacional?

Sin seguridad jurídica en la contratación internacional, la administración de riesgos resulta prácticamente imposible. Así, las empresas mexicanas que tienen problemas con empresas extranjeras pueden pretender resolver el problema recurriendo a los tribunales mexicanos, pero siempre queda en la mente de los ejecutivos esta pregunta: ¿será ésta la manera más racional de administrar riesgos? Pues no cabe duda de que la contraparte seguramente está pensando lo mismo y tratará de llevar el litigio a los tribunales de su propio país. El asunto puede empeorar si en el contrato se encuentran involucradas algunas empresas subsidiarias, con sedes en distintos países. Así, puede suceder que tengamos dos o tres litigios en diferentes países y que eventualmente podamos obtener dos o tres distintas sentencias, las cuales pueden incluso pueden llegar a ser contradictorias.

Pero veamos el punto positivamente. Supongamos por un momento que llegamos a tener éxito y que tenemos una sentencia favorable. Este triunfo puede ser de dos tipos: i) si tenemos una sentencia favorable en tribunales mexicanos, aún queda pendiente la tarea de ejecutar esta sentencia en el país extranjero en el que la contraparte tiene bienes suficientes, y ii) si, por el contrario, el éxito sucedie-

ra en el extranjero, quedaría pendiente la ejecución de la sentencia extranjera a la que habría que darle cumplimiento en México. Cualquiera de estos dos caminos conlleva riesgos, muchas veces difíciles de cuantificar.

Por ello, en el comercio internacional se ha hecho sentir desde hace mucho tiempo, y particularmente desde la Primera Guerra Mundial, la necesidad de recurrir a una jurisdicción neutral y la manera de alcanzar esta neutralidad es el arbitraje internacional privado. Ha sido la ausencia de jurisdicción interestatal de derecho privado la que ha llevado a la aceptación del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales. El arbitraje permite no sólo asignar a los resultados un grado de probabilidad sino que es posible calcular su costo, el cual correctamente evaluado resulta ser poco oneroso. Además, el arbitraje se caracteriza por la confidencialidad, la flexibilidad, la especialización de los árbitros y la rapidez, lo que incrementa su calificación de costo-eficiente.

Es por esto que el arbitraje ha llegado a ser el sistema usual para resolver los litigios comerciales internacionales. Ello es así no sólo por la voluntad de quienes practican el comercio internacional sino por el apoyo estatal que ha recibido. En efecto, el arbitraje ha dejado de ser considerado como un ataque a la soberanía; hoy en día los estados están convencidos de que se trata de un auxiliar indispensable del comercio exterior. Se ha reconocido que el comercio internacional necesita un sistema autónomo de solución de conflictos, pues las jurisdicciones estatales saben que carecen de los medios humanos y técnicos eficaces para intervenir en este tipo de asuntos. Así, el apoyo de los estados ha permitido que el arbitraje se haya transformado en un sistema eficaz.

II. Marco jurídico del arbitraje comercial

La pieza central de esta eficacia es la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958, sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros que ha sido ratificada por más de 120 estados, entre ellos México, y más de 15 países latinoamericanos, lo que ha alentado el florecimiento del arbitraje.

México es parte de esta convención desde 1971, sin reserva alguna, por lo que existe el marco jurídico para hacer viable la ejecución de laudos provenientes del extranjero. De allí que la preocupación de los comerciantes extranjeros que comercian con México ha desaparecido, pues hay la certeza de que habiendo suscrito dicha convención, México agiliza la solución de conflictos por medio del arbitraje.

Mas no fue sino hasta 1993 cuando se reformó el Código de Comercio para incluir las normas modernas en esta materia. De este modo, en México se han ampliado las ventajas comerciales pues ahora nuestro país es un sitio atractivo para llevar a cabo arbitrajes. Adicionalmente, nuestra ley de arbitraje fue prácticamente copiada, con pequeñas variaciones, de la ley modelo de UNCITRAL [(United Nations Commission for International Trade Law), en español CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)], lo que garantiza su aceptación internacional.

Este marco jurídico otorga a México ventajas competitivas no sólo para el arbitraje, sino sobre todo para el comercio internacional. Así, México se sitúa dentro de la "globalización" con la tecnología más avanzada en la solución de conflictos internacionales, lo que seguramente fomentará el crecimiento económico y la prosperidad.

III. ¿Qué es el arbitraje?

Quizá primero habría que decir lo que no es. El arbitraje no es un procedimiento para administrar justicia, esta función jurisdiccional pertenece al Estado y éste la desempeña por medio de los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial.

El arbitraje nos ofrece un procedimiento alternativo para resolver controversias. Es un procedimiento de solución de controversias entre comerciantes que se funda en la autonomía de la voluntad contractual² de los que pactan resolver sus desavenencias por medio de un tribunal arbitral, constituido por uno o más árbitros, a quienes equívocamente se ha llamado "jueces privados".

Así como los comerciantes pueden pactar poner fin a sus diferencias por un convenio o transacción, pueden también convenir en encomendar a un tercero, llamado árbitro, la resolución de una controversia.

Lo único que se tiene que hacer es incluir en los contratos internacionales una cláusula arbitral. El Código de Comercio así lo prevé, en el Título Cuarto del Libro Quinto:

Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias

que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;...

Este artículo 1416 señala que las partes pueden someter al arbitraje las controversias que surjan de una relación contractual. Además, dispone que el acuerdo de arbitraje puede ser incluido en el contrato o en un acuerdo independiente. El mismo artículo, en la fracción III, define como internacional al arbitraje en el que: a) las partes que tengan sus establecimientos en países diferentes, o b) el lugar de arbitraje, o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

Con este artículo no sólo las empresas mexicanas tienen un marco jurídico que les permite resolver las controversias que deriven del comercio internacional, sino que incluso México, como país, se convierte en una plaza para la venta de servicios arbitrales, lo cual fomenta la promoción de los abogados mexicanos.

IV. Dos tipos de arbitraje: Ad hoc y administrado

En la cláusula arbitral las partes pueden acordar que una institución administre el arbitraje. Esta institución tendrá la obligación de supervisar el asunto en cuestión en los términos de su propio reglamento.

Si las partes no se someten a una institución para que administre el arbitraje, entonces se trata de un arbitraje Ad hoc. En este caso, las partes pueden fijar el procedimiento de varias maneras: ya sea en la cláusula o en el convenio arbitral, también pueden autorizar a un árbitro o a un tribunal arbitral para que lo determine. Asimismo, pueden pactar un procedimiento de acuerdo con determinado reglamento sin someterse a la administración de institución alguna. No obstante, a falta de acuerdo entre las partes, es el tribunal arbitral quien, de conformidad con lo dispuesto por el mismo Título Cuarto, dirigirá el arbitraje del modo que considere apropiado (Código de Comercio, Art. 1435).

Debe hacerse notar que es desde la redacción de la cláusula arbitral en donde puede administrarse el riesgo, pues

2 Código de Comercio, Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

resulta obvio que una cláusula arbitral bien redactada disminuirá la probabilidad de que el arbitraje fracase.

Además, el elegir correctamente a la institución administradora también reduce riesgos. Aunque en el mundo hay varias instituciones que podrían administrar un arbitraje, por motivos prácticos, a continuación expongo la cláusula arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI:

Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento³ de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

Así de fácil es entrar en el mundo del arbitraje, basta con copiar literalmente este texto en los contratos internacionales⁴ de los que seamos parte. Esta cláusula, que normalmente ocupa el lugar que tiene en todos los contratos la referencia a los tribunales competentes en caso de controversia, ha sido elaborada y puesta a prueba por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, ICC (International Chamber of Commerce), que es una institución que ha buscado constantemente, desde hace muchas décadas, fórmulas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales a escala mundial. Prueba de su solidez es que otras instituciones han tomado el texto directamente de lo que podríamos llamar la cláusula "originante" de la CCI. Esta cláusula ha sido el resultado de debates de expertos en solución de desavenencias y de representantes de la comunidad empresarial mundial. Además, para que produzca efectos jurídicos plenos la CCI cuenta con un reglamento en el que cada uno de sus artículos ha sido llevado a la práctica en diversos casos en el ámbito mundial, probando así su nobleza y eficacia, lo cual ha generado una considerable cantidad de bibliografía, que podríamos catalogar como "jurisprudencia internacional".

Sirva esto para invitarlos a no pretender innovar la formulación de la cláusula arbitral que les presento con el fin de evitar riesgos y evitar errar por caminos ya recorridos. Mi sugerencia es muy sencilla, si quieren tener un arbitraje administrado de calidad no tienen más que copiar la cláusula que les propongo y alcanzarán los mejores efectos

jurídicos, pues frente al arbitraje Ad hoc el arbitraje administrado por una institución seria con reconocimiento internacional minimiza el riesgo.

V. Los tribunales ante el acuerdo de arbitraje

El Código de Comercio establece en el artículo 1424 que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, deberá remitir a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos de que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Este artículo 1424 da seguridad jurídica a la actividad de los árbitros y, aunque las partes en conflicto algunas veces encuentren la manera de desdecirse del acuerdo arbitral y busquen iniciar un procedimiento en los tribunales nacionales de diversos países, lo cierto es que en México esto resulta, día con día, cada vez más difícil dado el crecimiento de la cultura arbitral en el Poder Judicial.

VI. El nombramiento de árbitros

Probablemente el punto más delicado del arbitraje sea el nombramiento de árbitros; esto involucra muchos riesgos. Del Código de Comercio se desprende que en el acuerdo arbitral las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y, a falta de tal acuerdo, será de un solo árbitro (Art. 1426). En el nombramiento de árbitros, salvo acuerdo en contrario, la nacionalidad de una persona no es un obstáculo. Además, las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros y, a falta de acuerdo, el artículo 1427 dispone la composición del tribunal arbitral.

No cabe duda de que desde la perspectiva del análisis de riesgo el nombramiento de árbitros es quizá la parte más delicada de un arbitraje. Aunque los árbitros no necesariamente requieren ser abogados, no se puede negar que en México cada vez hay más abogados que son árbitros de talla internacional y que en este momento están activamente involucrados en arbitrajes internacionales.

Sorprende positivamente el que nuestra legislación no establezca restricción alguna para fungir como árbitro, pues esto permite una de las ventajas más importante del arbitraje: tener la posibilidad de elegir a un especialista en la materia para resolver la controversia.

³ http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_spanish.pdf

⁴ Incluso en caso de resolución de contrato la cláusula relativa a la solución de controversias no se verá afectada. Ver: Art. 81(1) de la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980.

VII. La cláusula arbitral permite abrir un procedimiento

Con lo que he dicho creo que ha quedado claro que en materia internacional se hace sentir la necesidad de recurrir a una jurisdicción neutral adaptada a los problemas del comercio internacional.

La neutralidad es fundamental cuando se busca cuantificar el riesgo de un litigio. Si existe un litigio entre dos partes con diferente nacionalidad los jueces estatales no son percibidos como objetivamente neutrales dado que normalmente tienen la misma nacionalidad de una de las partes y por lo mismo comparten con ella el idioma, han sido formados en los mismos conceptos jurídicos y comparten la misma cultura.

En cambio, en el arbitraje internacional las partes se pueden someter a jurisdicciones objetivamente neutrales. Esta neutralidad se traduce al menos en tres planos diferentes:

- i) La regla de oro del arbitraje es que, salvo estipulación contraria de las partes, el árbitro único o el presidente de un tribunal de tres miembros debe ser de una nacionalidad distinta a la de las partes. [Reglamento de Arbitraje de la CCI, Art.9(5)]
- ii) La neutralidad geográfica del lugar del arbitraje garantiza la posibilidad de encontrar la solución del litigio en un "terreno neutral".
- iii) La neutralidad exige que en el procedimiento sea utilizada una lengua que sea familiar a todas las partes en litigio. Por ello en el arbitraje internacional los árbitros y las partes pueden elegir de común acuerdo la lengua que habrá de utilizarse.

La neutralidad logra que se trate a las partes con igualdad y da a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos (Código de Comercio Art. 1434).

A muchos abogados sorprende la flexibilidad del procedimiento arbitral. Es de tal naturaleza que permite dirigir el procedimiento teniendo en cuenta las necesidades de las partes y las circunstancias particulares de cada asunto. Esto genera un marco procedimental a la medida. Esta libertad muchas veces lleva a los abogados acostumbrados los tribunales a "judicializar" la institución del arbitraje. No obstante, el Código de Comercio es claro al respecto:

Artículo 1435. Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Recientemente la Suprema Corte de la Nación ha tenido que pronunciarse sobre este artículo. Una empresa perdedora en un arbitraje demandó al Congreso de la Unión por la expedición, la promulgación, el referendo y la publicación de este artículo 1435, poniendo con ello en cuestión la institución del arbitraje en México.

Dicha empresa estimó que el artículo 1435 era inconstitucional porque omitía prever las formalidades esenciales del procedimiento en la sustanciación de los arbitrajes y por lo tanto no le daba al interesado una verdadera oportunidad de defender sus intereses pues otorga al Tribunal arbitral la facultad omnímoda de determinar todas las reglas a las que debe sujetarse el procedimiento arbitral.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos, se pronunció sobre el fondo del asunto planteado confirmando la sentencia recurrida y negando el amparo (Amparo en revisión 759/2003) al recurrente argumentando que el artículo 1435 forma parte de todo un sistema procesal por lo que hay que relacionarlo con los demás preceptos del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y de esta manera determinó que el artículo en cuestión sí satisface la garantía de seguridad relativa al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento en términos del Artículo 14 Constitucional.

Me he detenido en este punto porque pone de manifiesto dos cosas: la primera es la naturaleza flexible del proceso arbitral que permite tratar de forma diferenciada cada caso; utilizando procedimientos sencillos para resolver casos que no ameriten más y procedimientos elaborados para resolver casos más difíciles. Segunda, porque creo que esta resolución de la Suprema Corte, a diferencia de la jurisprudencia relativa al arbitraje que se ha generado en los últimos años, ha dado la carta de ciudadanía que el arbitraje necesitaba ante el Poder Judicial en su conjunto. En nuestro país el arbitraje no es todavía un medio de resolución de controversias que haya alcanzado un consenso pero no cabe duda de que con este tipo de resoluciones adquiere solidez.

VIII. Laudo

El procedimiento arbitral debe respetar los grandes principios procesales, sobre todo el contradictorio que significa que, sin alargar abusivamente los plazos, debe ofrecerse a cada parte todas las posibilidades para exponer sus pretensiones y argumentos. Otros principios básicos son la transparencia del procedimiento, el derecho de las partes a ser convocadas y oídas, la igualdad en el tratamiento de los litigantes en el intercambio de memorias, la práctica de la prueba, el recurso al peritaje, la celebración de audiencias.

El resultado normal de un arbitraje es una "sentencia", técnicamente llamada laudo⁵. Gran número de laudos son cumplidos voluntariamente, esto se explica, en parte, por la presión sociológica de los medios del comercio internacional, pues la oposición a la ejecución de un laudo dictado bajo los auspicios de una institución arbitral de renombre es equiparable a mala fe y aparece como una mancha en la vida comercial de la parte obstinada.

Empero, esto sería insuficiente y algunas veces ineficaz si los estados no aportaran su apoyo. La Convención de Nueva York (1958) sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, tiene como consecuencia que la ejecución de un laudo arbitral resulte más fácil que la ejecución de una sentencia extranjera. La razón es que la legislación mexicana presume que los laudos son válidos y ejecutables, en cambio, se tiene que probar que las sentencias extranjeras reúnen los requisitos para su reconocimiento y ejecución. Es decir, para los laudos la carga de la prueba está invertida.

Es claro que ni una sentencia extranjera ni tampoco un laudo se ejecutan de manera automática. Pero además, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras involucra un procedimiento comparativamente más largo y riesgoso porque una sentencia extranjera nace de un procedimiento seguido en su jurisdicción de origen que seguramente fue más largo y formalista que el que dio lugar a un laudo.

Ciertamente, tanto las sentencias extranjeras como los laudos encontrarán su sanción en procedimientos de ejecución en instancias estatales, en el caso de que la parte condenada se opusiese. No obstante, comparativamente, el laudo es un instrumento de mayor ejecutabilidad debido a que el Código de Comercio concede al laudo un

procedimiento sumario e inapelable (Art. 1463). Este aspecto particular ha hecho que el arbitraje se haya convertido en el mecanismo por excelencia para la solución de controversias mercantiles.

Esto no quiere decir que la parte perdedora no cuente con la posibilidad de oponerse a la ejecución de un laudo que no le es favorable. Podrá, indudablemente, promover la nulidad de ese laudo, pero sólo por los limitados motivos formales enumerados en el artículo 1457 del Código de Comercio y que tiene que ver con la invalidez del acuerdo arbitral, las fallas en la designación de un árbitro, el no ajustarse al acuerdo celebrado entre las partes, el que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o que el laudo sea contrario al orden público.

Las ventajas de la ejecución de un laudo arbitral frente a una sentencia extranjera no sólo son teóricas sino prácticas. La diferencia subsiste, y es radical; creo que se puede resumir diciendo que la ejecución de un laudo arbitral en México, y en cualquier país signatario de la Convención de Nueva York, es simplemente menos riesgosa.

IX. Administración de riesgo y cálculo del costo del arbitraje

La racionalidad económica exige el estudio de un litigio ponderando las posibilidades de éxito, fracaso o arreglo. Esto es posible con base en la cuantía en litigio y el fundamento de la reclamación en cuestión. Ahora bien, determinar el costo del litigio ante tribunales estatales resulta difícil, pues aunque el acceso es "gratuito", los honorarios de los abogados y demás gastos en procesos largos no son despreciables. Sin contar que cuando la cuantía en disputa es elevada el costo de oportunidad de ese dinero puede ser tan alto que cambie la naturaleza del asunto. El arbitraje permite hacer cálculos muy precisos sobre el costo de entablar un litigio, y si añadimos a eso su celeridad entonces viene a ser un proceso costo eficiente.

Esto es particularmente cierto en el caso del arbitraje comercial internacional administrado por alguna institución de renombre, pues ésta normalmente tiene aranceles que permiten hacer cálculos sobre su costo tan pronto como se inicia el litigio; a partir del monto en cuestión se pueden determinar con precisión los gastos de administración que cobrará la institución administradora y los honorarios de los árbitros.

⁵ Las actuaciones del tribunal arbitral terminan por: i) laudo definitivo, y ii) orden del tribunal arbitral ya sea porque el actor retire su demanda, si las partes así lo acuerdan, o porque el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible (Código de Comercio 1449).

Veamos el caso de un arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje (http://www.iccwbo.org/index_court.asp).

Los cuadros que aparecen a continuación están originalmente en el Apéndice III, Costo del Arbitraje y Honorarios, del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje, disponibles en la siguiente dirección: (http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_spanish.pdf).

Les propongo el ejemplo de un arbitraje con un monto en litigio por la cantidad de US\$ 10'000,000.00, con un tribunal arbitral constituido por tres árbitros. De acuerdo con el artículo 30 (1), del reglamento, la Corte fijará una provisión para gastos de arbitraje en un monto suficiente para

cubrir los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos correspondientes a las demandas y reconveniones presentadas.

Como se desprende de los cuadros, los honorarios de los árbitros se ubican entre un máximo y un mínimo. Esto se debe a que para fijar los honorarios la Corte toma en cuenta la diligencia del árbitro, el tiempo empleado por él, la celeridad del proceso y la complejidad del asunto para llegar a una cifra dentro de los límites previstos [Reglamento, Apéndice III, Art. 2 (2)].

A. GASTOS ADMINISTRATIVOS

Cuantía en Litigio (dólares US)	Gastos administrativos (*)
Hasta 50,000	US \$ 2,500
De 50,001 a 100,000	3.50%
De 100,001 a 500,000	1.70%
De 500,001 a 1'000,000	1.15%
De 1'000,001 a 2'000,000	0.70%
De 2'000,001 a 5'000,000	0.30%
De 5'000,001 a 10'000,000	0.20%
De 10'000,001 a 50'000,000	0.07%
De 50'000,001 a 80'000,000	0.06%
Superior a 80'000,000	US \$ 880,000

(*) Únicamente a título de ejemplo, el arancel que aparece en la página siguiente indica los gastos administrativos, en US \$, que resultan cuando el cálculo se realiza correctamente.

B. HONORARIOS DE UN ÁRBITRO

Cuantía en Litigio (dólares US)	Honorarios (**)	
	Mínimo	Máximo
Hasta 50,000	US \$2,500	17.00%
De 50,001 a 100,000	2.00%	11.00%
De 100,001 a 500,000	1.00%	5.00%
De 500,001 a 1'000,000	0.75%	3.50%
De 1'000,001 a 2'000,000	0.50%	2.75%
De 2'000,001 a 5'000,000	0.25%	1.12%
De 5'000,001 a 10'000,000	0.10%	0.616%
De 10'000,001 a 50'000,000	0.05%	0.193%
De 50'000,001 a 80'000,000	0.03%	0.136%
De 80'000,001 a 100'000,000	0.02%	0.112%
Superior a 100'000,000	0.01%	0.056%

(**) Únicamente a título de ejemplo, el arancel que aparece en la página siguiente indica los honorarios de un árbitro, en US \$, que resultan cuando el cálculo se realiza correctamente.

CUANTIA EN LITIGIO (en dólares US \$)
Hasta 50,000
De 50,001 a 100,000
De 100,001 a 500,000
De 500,001 a 1,000,000
De 1,000,001 a 2,000,000
De 2,000,001 a 5,000,000
De 5,000,001 a 10,000,000
De 10,000,001 a 50,000,000
De 50,000,001 a 80,000,000
De 80,000,001 a 100,000,000
Superior a 100,000,000

* M.S. = monto superior
(*)/(**) Ver páginas anteriores.

A. GASTOS ADMINISTRATIVOS (*) (en dólares US \$)	
US \$ 2,500	
2,500 + 3.50% del m.s. a	50,000
4,250 + 1.70% del m.s. a	100,000
11,050 + 1.15% del m.s. a	500,000
16,800 + 0.70% del m.s. a	1,000,000
23,800 + 0.30% del m.s. a	2,000,000
32,800 + 0.20% del m.s. a	5,000,000
42,800 + 0.07% del m.s. a	10,000,000
70,800 + 0.06% del m.s. a	50,000,000
US \$ 88,000	
US \$ 88,000	

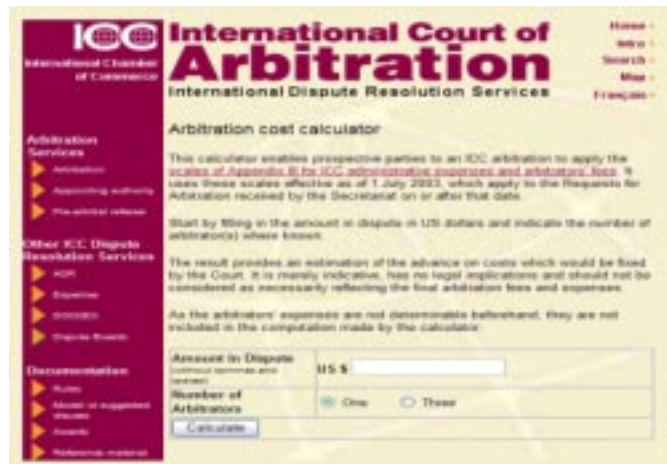
B. HONORARIOS DE UN ARBITRO (**) (en dólares US \$)			
MINIMO		MAXIMO	
US \$ 2,500		17% de la cuantía	
2,500 + 2.00% del m.s. a	50,000	8,500 + 11.00% del m.s. a	50,000
3,500 + 1.00% del m.s. a	100,000	14,000 + 5.90% del m.s. a	100,000
7,500 + 0.75% del m.s. a	500,000	36,000 + 3.90% del m.s. a	500,000
11,250 + 0.50% del m.s. a	1,000,000	53,500 + 2.75% del m.s. a	1,000,000
16,250 + 0.25% del m.s. a	2,000,000	81,000 + 1.12% del m.s. a	2,000,000
23,750 + 0.10% del m.s. a	5,000,000	114,500 + 0.815% del m.s. a	5,000,000
26,750 + 0.05% del m.s. a	10,000,000	145,400 + 0.193% del m.s. a	10,000,000
46,750 + 0.03% del m.s. a	50,000,000	222,600 + 0.136% del m.s. a	50,000,000
57,750 + 0.02% del m.s. a	80,000,000	263,400 + 0.112% del m.s. a	80,000,000
61,750 + 0.01% del m.s. a	100,000,000	285,500 + 0.065% del m.s. a	100,000,000

A aquellos que no estén interesados en estudiar estos cuadros para determinar los aranceles les comunico que existe un sitio electrónico en la página de la CCI que nos ofrece una calculadora en donde lo único que hay que escribir es el monto del litigio y el número de árbitros que constituyen el tribunal: http://www.iccwbo.org/court/english/cost_calculator/cost_calculator.asp

En ella se puede observar que los costos promedio por los tres árbitros para resolver una disputa de US\$ 10'000,000.00 serán de US\$ 304,025.00

X. Conclusión

La técnica de la administración de riesgos tiene como objetivo fundamental, por una parte, evitar, hasta donde sea posible, la materialización de un riesgo y, por otra, cuando de todas formas ocurre un daño, el manejo adecuado de las medidas financieras de solución. Así, si lo que se busca es determinar la manera de lograr protección jurídica al menor costo obteniendo el mayor beneficio, me parece que el arbitraje ofrece ventajas incomparables frente a los tribunales nacionales.



En esta página se plantea el monto en disputa (amount in Dispute) en dólares americanos, sin puntos, comas o centavos, y el número de árbitros deseados (Number of Arbitrators) seleccionando uno o tres, como se ve en el siguiente acercamiento, en el que se ejemplifica un caso de US\$ 10'000,000.00 y tres árbitros: La calculadora genera la siguiente salida:

Arbitration Cost Calculator - Results	
Amount in Dispute	US \$ 10000000
Number of Arbitrators	3
Arbitrators' Fees	
Minimum	US \$ 26750
Average	US \$ 87075
Maximum	US \$ 145400
Advance on costs (without arbitrators' expenses)	
Average fees multiplied by 3 arbitrator(s)	US \$ 261225
Administrative expenses	US \$ 42800
TOTAL	US \$ 304025

Brevísima bibliografía:

Azar, Cecilia (Compiladora). Manual de Arbitraje Comercial. ITAM-PORRUA-BARRA MEXICANA DE ABOGADOS, 2004. México.

Pereznieto Castro, Leonel. (Compilador). Arbitraje Comercial Internacional. Doctrina Jurídica Contemporánea. Distribuciones Fontamara, S. A., 2002, México.

Pereznieto Castro, Leonel (Compilador). Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. 15, Abril, 2004.

Rosas Rodríguez, Norma Alicia. La administración de Riesgos. División de Matemáticas, Departamento de Estadística y Actuaría (Documentos de Trabajo). ITAM, 1992, México.

DESARROLLO DEL ARBITRAJE

Discurso de ingreso del Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez España
como miembro de número de la
Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia
11 de noviembre de 2003

Sr. Lic. Francisco Javier Gaxiola Ochoa, Presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; Dr. Claus Von Wobeser, respetables académicos de número de la Academia, distinguidos miembros supernumerarios que nos acompañan, señoras y señores:

Es para mí un gran honor el que se me haya invitado a ingresar a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. El historial de esta Academia, y lo distinguido de los miembros que la han formado, me obligan a expresar mi más profundo agradecimiento por la distinción que en forma inmerecida se me ha otorgado.

Es tradición que al ingresar a la Academia se haga referencia a quienes han previamente ocupado el sitial número 29 que me ha sido asignado. Me refiero a los licenciados Javier Creixell del Moral y Gustavo R. Velasco.

Mis dos predecesores fueron insignes juristas, ampliamente reconocidos en el foro mexicano. El Lic. Creixell fue un extraordinario procesalista, un caballero en toda la extensión de la palabra, quien además de su pasión por el derecho era conocido por su profunda afición a la fiesta brava. Catedrático de Derecho Procesal en la Escuela Libre de Derecho, fue litigante, y consultor en cuestiones de derecho privado, sumamente apreciado y bien reputado por su capacidad técnica, por sus conocimientos profundos en derecho y por su limpieza de conducta en los tribunales y frente a sus clientes. Fundador de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac, recordamos hoy al Lic. Creixell no únicamente por su capacidad jurídica sino también, y muy especialmente, por la gentileza en el trato, y el afecto que siempre demostró hacia todos sus alumnos y colegas abogados.

De Don Gustavo R. Velasco debo externar recuerdos muy especiales. Como Rector que fue de la Escuela Libre de Derecho durante todos los años en que yo cursé la carrera, tendré siempre presente su imagen adusta, que reflejaba su sapiencia jurídica, la que pretendía compartir con sus alumnos del quinto año de la carrera, en el curso de derecho administrativo. Quienes cursamos esa materia con el maestro Velasco, don Lolo, como se le decía afectuosamente, no podemos dejar de acordarnos del cúmulo de

conocimientos que él soñaba en imbuir en sus alumnos. El que haya logrado una pequeña fracción de su monumental tarea constituye todo un éxito. Recuerdo al maestro Velasco por haber sido compañero de mi padre durante toda la carrera en la Escuela Libre de Derecho, y por haberme honrado al haber presidido el jurado que examinó mi tesis profesional. No me olvido de la gentileza con la que en todo momento el maestro Velasco me ayudaba cuando, como bisoño abogado, acudía a buscar su orientación profesional. Siempre dispuesto a orientar y, naturalmente, siempre certero en sus comentarios. Un regalo de bodas, que aún atesoro, es el conjunto de libros que me obsequió don Gustavo, todos ellos relacionados con el liberalismo en lo económico y la democracia en lo político. Cuán feliz sería el maestro, si pudiera ver el giro que aparentemente ha dado nuestro país hacia aquellos principios que él tanto defendió y propugnó.

Al recordar a los maestros Creixell y Velasco he cumplido, con gran alegría, el más elemental deber de agradecimiento para aquellos que nos formaron en la vida profesional, y que nos precedieron en esta Academia.

El tema que he elegido para ingresar a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación se centra en el arbitraje comercial internacional. Es indudable que dicha institución es un factor de desarrollo para los países, pues otorga los medios adecuados para tener acceso a una verdadera justicia. Por otra parte, es necesario que el arbitraje también se desarrolle como institución, para poder acomodarse a las cambiantes necesidades del comercio internacional.

I.- Las estadísticas de las principales instituciones arbitrales muestran que la mayoría de las controversias privadas internacionales se dan en áreas tales como compraventa internacional de mercadería; transporte; transacciones financieras; licencias internacionales; contratos internacionales de construcción; coinversiones internacionales, o en disputas en materia de inversiones entre estados y particulares.

Aun cuando el litigio había sido la forma tradicional de resolver controversias internacionales, en la actualidad el

arbitraje es una alternativa cada vez más aceptable debido, entre otras razones, a que es difícil encontrar sistemas judiciales que provean el número suficiente de jueces o juzgados, o que aporten los recursos necesarios que permitan a todos los ciudadanos litigar todas las acciones reales o imaginarias que se les ocurra. Como consecuencia, el rezago en tribunales es enorme. Además, en virtud de que las partes en las transacciones internacionales son de diferentes países, normalmente tienen percepciones diferentes sobre los principios legales en que basan su actuación, y sobre la función de los jueces. Lo anterior conduce a diferentes interpretaciones de los derechos y obligaciones de las partes, y a diferentes expectativas sobre la justicia que pretenden obtener de los tribunales.

En el arbitraje las partes someten su controversia a un árbitro, quien es un particular, calificado e independiente, que debe dictar una resolución. El arbitraje proporciona al hombre de negocios un procedimiento rápido, y no muy caro, que le permite contar con un asesor jurídico, y la posibilidad de una revisión judicial, aunque sea ésta limitada, a la validez y ejecución del laudo que se emita.

Con objeto de poder lograr una decisión justa y equitativa, es esencial que el árbitro sea independiente de las partes, y que tenga el conocimiento necesario para conducir el procedimiento arbitral. Además debe de tener experiencia en el área en la que se presente la controversia, así como buena reputación.

Se ha preferido al arbitraje frente al litigio internacional entre otras razones por: el costo; el tiempo en el que se dicta la resolución; la confidencialidad del procedimiento; la flexibilidad; la equidad percibida; y la efectividad.

i) Costo

Aun cuando el arbitraje internacional no es barato, se ha llegado a la conclusión de que si se toma en cuenta otros factores tales como: el tiempo en el que se puede llegar a un laudo, que permite un ahorro de tiempo de los funcionarios de la empresa involucrados en el litigio; así como la posibilidad de pactar de antemano que el costo será repartido por partes iguales entre los contendientes, el arbitraje es una solución más barata que el litigio. Si se toma en cuenta el enorme número de expedientes que se manejan en los tribunales; los formalismos en el procedimiento judicial; aspectos relacionados con el litigio tales como el procedimiento para obtener pruebas en el "discovery" anglosajón; los problemas de conflicto de leyes en el litigio comercial internacional; y en algunos casos el deseo de la parte demandada de retrasar voluntariamente la resolución del asunto, nos encontramos frente a una situación inaceptable para las partes. Por lo contrario, en el arbitraje las partes pueden optar y elegir las reglas de procedimiento que más les convienen, las cuales son mu-

cho más sencillas que las de un litigio y al nombrar como árbitro a una persona con experiencia en el área específica de la controversia, se podrá reducir el tiempo de las audiencias, y dictar una resolución mucho más rápidamente.

ii) Confidencialidad

Al contrario de lo que ocurre en los litigios, el arbitraje es manejado en forma privada, y la posibilidad de que los medios de comunicación interfieran es remota. Los árbitros tienen la obligación inherente de guardar confidencialidad en relación con el proceso arbitral, y en consecuencia el arbitraje se lleva a cabo a puerta cerrada, sin que sea posible para terceras personas tomar parte en el procedimiento sin el consentimiento de los interesados. No hay publicidad de las actuaciones ni de las audiencias, y todo el procedimiento se lleva a cabo en estricta confidencialidad. Además, no es poco frecuente el que las partes celebren adicionalmente un convenio de confidencialidad para evitar que el público se entere de su controversia.

iii) Flexibilidad

Las partes en el arbitraje tienen una ventaja importante que es la flexibilidad, que les permite elegir entre un arbitraje institucional o un arbitraje ad hoc, así como convenir sobre el procedimiento arbitral, que puede ser formulado como un traje a la medida tomando en cuenta el tamaño, complejidad y naturaleza de la controversia, así como los deseos de las propias partes. La flexibilidad permite a las partes acordar sobre ciertos aspectos que les pueden significar ahorros en tiempo y dinero como, por ejemplo, el acuerdo sobre la entrega de documentos de la contraparte, o sobre el número de testigos, o para llevar a cabo el procedimiento oralmente, o para limitar el tiempo de las audiencias. Igualmente el arbitraje otorga a las partes la posibilidad de decidir en dónde se debe de llevar a cabo el procedimiento; o de convenir que se resuelva la controversia únicamente tomando en cuenta documentos, sin ningún otro tipo de prueba; o la posibilidad de decidir que el arbitraje se resuelva como amigable componedor y en conciencia, en lugar de que sea resuelto en aplicación estricta de un determinado sistema jurídico. Se debe subrayar que una de las principales ventajas del arbitraje es que el laudo que se dicta es definitivo y, en términos generales, no está sujeto a la revisión judicial.

iv) Percepción de las partes sobre la justicia

Como no existe un tribunal internacional que resuelva controversias comerciales internacionales, los litigios deben llevarse a cabo en los juzgados locales. A las partes de un contrato no les gusta litigar en el país de su oponente, la razón es entendible, pues hay una falta de conoci-

miento del proceso legal en un país extraño, y una percepción generalizada de que los juzgados nacionales normalmente protegen a los ciudadanos de su país. Si se añade el problema del costo, lenguaje, desconocimiento del sistema legal de ese país, y la imposibilidad de estar representados por abogados de su propio país, resulta difícil aceptar el someterse a los tribunales del oponente. Por lo contrario, en el arbitraje las partes escogen a su propio árbitro, quien resolverá el asunto tomando en cuenta los intereses y valores a los que las partes quisieron someterse en el contrato. Si además se toma en cuenta que las partes tienen mucho más control sobre el proceso arbitral, se concluye que dicho proceso tiene la posibilidad de producir un resultado más justo en comparación con el litigio.

v) Efectividad

Un principio general es que los jueces locales únicamente pueden ejecutar las sentencias dictadas dentro de su territorio. Para la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero es necesario analizar si existen o no convenios internacionales celebrados entre el país que dictó la sentencia, y el país en donde se pretende sea ejecutada. El arbitraje es más efectivo, pues existen diversas convenciones y tratados internacionales que han sido adoptados por muchos países para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero. La más importante es la Convención de Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras, de 1958, conocida como la "Convención de Nueva York". Los objetivos que se pueden lograr con esta Convención consisten, en primer lugar, en la ejecución forzosa del convenio de arbitraje, pues prevé la obligación de los estados firmantes de suspender los procedimientos judiciales que se relacionen con controversias sujetas a un acuerdo de arbitraje, y en segundo lugar, en la ejecución internacional de laudos arbitrales. Como resultado, los laudos tienen una mayor efectividad internacional que las sentencias dictadas por los tribunales locales porque la Convención de Nueva York permite su ejecución internacional, y no únicamente dentro de los confines de un estado soberano, como es la regla general en el caso del litigio.

II. Coincidimos con quienes afirman que el arbitraje constituye un importante factor de desarrollo en los países¹.

Al percatarnos del aumento de los arbitrajes en muchos países del mundo, y recientemente en Latinoamérica, se hace evidente que el arbitraje ha constituido una verdadera opción al litigio judicial. El cambio en la percepción

del arbitraje se debe, entre otros factores, a que la globalización ha requerido de su mayor utilización, y a que los estados se han sumado en forma importante a la corriente favorecedora del arbitraje.

En efecto, mientras exista inestabilidad económica, -lo que parece ser una característica recurrente en ciertas regiones del mundo- habrá una situación en que las actividades de los árbitros serán necesarias. Por otra parte, la globalización de la economía ha llevado a que, dentro de esa actividad profesional, se vean resoluciones de arbitrajes más globalizados, donde las fuertes discusiones entre árbitros provenientes de distintas culturas jurídicas, se antojan cada vez más remotas, pues en el proceso arbitral moderno se hacen esfuerzos para tener una mejor comprensión de las reclamaciones de las partes, con objeto de elaborar mejores decisiones. El procedimiento arbitral permite mayor interactividad entre árbitros y partes, y requiere de los árbitros un enfoque cultural con respecto a las reclamaciones en disputa.

El mundo mismo del arbitraje se ha globalizado. Actualmente, el inglés es la "lingua franca" del arbitraje, y lo que antes era un grupo selecto de profesores europeos en la materia, ha crecido al grado que en la actualidad existen infinidad de centros de instrucción para los árbitros, de tal modo que ya no es posible referirnos a una fuente única de ideas que sustenten el arbitraje.

La ciencia de la Economía retó al Derecho a que se globalizara, y la respuesta ha sido positiva. Por eso, en la actualidad el arbitraje es bien aceptado, pues ha sido posible implementar procedimientos de arbitraje globalizados.

Por otra parte, la participación de los estados en el arbitraje ha influenciado indudablemente en su desarrollo.

Hace pocos años, la presencia de los estados en los procedimientos arbitrales se analizaba desde el punto de vista de su soberanía, y posteriormente con el enfoque de posibles excepciones a la inmunidad sobre jurisdicción, o a la ejecución del laudo. La soberanía era el argumento político y legal para mantener a los estados fuera del ámbito arbitral, basados en el concepto de que una entidad soberana, únicamente podía someterse a las decisiones de sus tribunales internos. Sin embargo, la participación de los estados en el comercio internacional, y su deseo de recibir inversión extranjera, los condujo a abandonar sus soberanos prejuicios y a firmar contratos comerciales internacionales, que incluyen una cláusula de sometimiento al arbitraje.

¹ Cremades M. Bernardo, "International Arbitration: A Key to Economic and Political Development" Conference paper, 5th Biennial Dispute Resolution Conference, International Federation of Commercial Arbitration Institution, 1999.

Además, paulatinamente se ha modificado la renuencia inicial de algunos estados a cumplir su compromiso de someterse al arbitraje, argumentando que los laudos arbitrales no podían ser ejecutados en contra de los fondos públicos, y que los estados deberían de ser inmunes a cualquier procedimiento de ejecución. Afortunadamente, tanto los laudos arbitrales, como diversas decisiones judiciales, han diferenciado los recursos del estado utilizados para el cumplimiento de sus funciones soberanas, de aquellos que son utilizados para el comercio internacional.

La globalización de la economía, y la importancia del arbitraje dentro del contexto internacional, han dado lugar a un reposicionamiento de los estados, y a la aceptación de un nuevo derecho internacional en el que los límites de lo público y lo privado en muchas ocasiones se confunden.

La idea de crear centros de arbitraje para resolver disputas privadas en organizaciones internacionales, no es reciente. En 1965, a través de la Convención de Washington, se creó el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión), utilizado por el Banco Mundial en procedimientos para resolver controversias derivadas de tratados internacionales. Otros ejemplos, como el tribunal para las reclamaciones entre los Estados Unidos e Irán, así como el tribunal de las Naciones Unidas para compensar por reclamaciones derivadas de la guerra con Irak, han propiciado una aceptación mundial del arbitraje. Otras instituciones, tales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y la Organización Mundial de Comercio, también han contribuido a la promoción del arbitraje en la comunidad internacional. Aun cuando los estados prefieren los sistemas de arbitraje administrados por instituciones internacionales, cuyas listas de árbitros son proporcionadas por los propios estados, cada vez es más frecuente el sometimiento de agencias estatales, a arbitrajes administrados por instituciones privadas, como lo es la Cámara de Comercio Internacional.

La existencia de miles de tratados bilaterales para promover y regular la inversión, y de tratados regionales como el TLCAN o el MERCOSUR, también confirman la confianza que se ha generado en el arbitraje, para resolver disputas que surgen entre estados receptores de inversión, y el inversionista, que es un ciudadano de otro país con el cual se ha firmado el tratado.

Se ha documentado² incluso un arbitraje entre un estado y un particular en el que el estado había firmado un trata-

do bilateral de inversión con el país del inversionista, y en la concesión otorgada al empresario se había expresamente previsto que las controversias se resolverían en los tribunales del país receptor de la inversión. Ante el argumento del inversionista, en el sentido de que, para realizar la inversión, se había basado en el respectivo tratado que contemplaba la sumisión al arbitraje en caso de diferencias con el estado receptor, el tribunal arbitral adoptó la decisión de aceptar jurisdicción, considerando la firma del tratado como una invitación a invertir, y que en dicha invitación se encuentra en forma implícita el compromiso del estado de someterse al arbitraje en caso de controversias.

Lo anterior nos presenta una situación en la que, controversias comerciales o de inversión, que se encuentran claramente dentro del ámbito del derecho internacional privado, son resueltas por medio del arbitraje y sujetas al derecho privado, pero con base en una oferta pública llevada a cabo en un tratado, el cual cae dentro del ámbito del derecho internacional público. Ha sido la voluntad de los estados soberanos la que ha colocado al arbitraje junto a la promoción y protección de la inversión extranjera, otorgando seguridad jurídica tanto al inversionista extranjero como al estado. Ahora bien, para que los estados hayan aceptado someterse a la resolución pacífica de controversias por medio del arbitraje, es indispensable la existencia de la estabilidad política, requerida por la comunidad internacional en una economía globalizada.

En la actualidad el arbitraje tiene una posición relevante en el desarrollo económico, y político de los estados, bajo la garantía y protección de los jueces quienes, si intervienen, únicamente debe de ser con el propósito de defender el orden público verdaderamente internacional.

III.- Para que el arbitraje siga prestando certeza jurídica a sus usuarios, y coadyuvando al desarrollo de los países, tal vez fuese necesario llevar a cabo algunos ajustes a nuestro Código de Comercio, basado en la Ley Modelo de UNCITRAL³, con objeto de resolver por la vía legislativa, algunos de los problemas que se presentan con más frecuencia.

Siguiendo algunas ideas de Gerold Herrmann, actual presidente de la London Court of International Arbitration y antes Secretario General de UNCITRAL pudiéramos dividir las sugerencias en diversas secciones, comenzando con

1 Cremades M. Bernardo, "International Arbitration: A Key to Economic and Political Development" Conference paper, 5th Biennial Dispute Resolution Conference, International Federation of Commercial Arbitration Institution, 1999.

2 Cremades, op cit.

3 Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15 Arbitration International 211 (1999).

aquellas que se refieren al fundamento del arbitraje: el acuerdo de arbitraje:

A. 1.- El acuerdo de arbitraje deberá de "constar por escrito" ⁴y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil, u otros medios de telecomunicación que deje constancia del acuerdo. Este requisito ha sido interpretado de una manera amplia, y algunas leyes arbitrales que han adoptado a la Ley Modelo incluso lo exceden⁵. El problema no se refiere a la comunicación escrita con base en avances tecnológicos, como puede ser el uso de mensajes electrónicos, pues ese problema ha sido superado con los textos de la Ley Modelo de UNCITRAL, relacionada con el comercio electrónico, concluida en 1996.

En realidad el problema surge de la combinación entre la forma escrita requerida para la cláusula arbitral, y la manera en la que se perfeccione el contrato que da origen a las demás obligaciones de las partes. La expresión "consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo..." se presta a una interpretación muy literal en la que se requiera de un intercambio mutuo de dichos medios. Ni la aceptación tácita, ni un acuerdo verbal serían suficientes para crear el acuerdo de arbitraje.

Algunas situaciones de hecho que han presentado problemas bajo la redacción antes mencionada, y que demandan del Tribunal Arbitral una interpretación de las finalidades buscadas por la Ley Modelo, y en consecuencia por nuestro Código de Comercio, incluyen ejemplos tales como: la aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito; un contrato concluido en forma verbal, pero que remite a unas condiciones generales que constan por escrito; contratos por los que se transfieren los derechos y obligaciones a terceras partes, que no firmaron el acuerdo de arbitraje original. Como ejemplos particulares de dicha situación, podría hablarse de transferencias de derechos a título universal como podrían ser sucesiones, fusiones, escisiones y adquisiciones de compañías; transferencia de algunos activos determinados, como pudiera ser la cesión de cuentas por cobrar o de deudas, la novación, la subrogación o la estipulación en favor de terceros; o el caso de grupos de compañías en

los que pudiera extenderse en forma implícita los términos del acuerdo de arbitraje, a personas que no eran expresamente partes de dicho acuerdo.

Algunos autores⁶ han sugerido que podría modificarse el formalismo de "por escrito" para permitir la creación de un acuerdo de arbitraje con base en los usos y costumbres comerciales, o en la conducta de las partes en relación con el contrato. Se ha cuestionado la necesidad de que exista forzosamente una firma o una forma escrita para convenir en el arbitraje, cuando éste se encuentra contenido en un convenio válido y ejecutable, aunque no necesariamente se encuentre por escrito. Diariamente se concluyen contratos que involucran millones de dólares de una manera no escrita, lo cual nos lleva a preguntarnos, qué debe ser tan especial del acuerdo de arbitraje para que requiera un cumplimiento exacto del requisito de "por escrito".

Al argumento de que una estipulación tan importante como la consistente en una renuncia del derecho de acudir a los tribunales debe tener un formalismo especial, como es el que conste por escrito, se ha respondido afirmando que la esencia de un acuerdo de arbitraje no consiste en una idea negativa, de excluir la jurisdicción de un tribunal estatal, sino más bien, en la idea positiva de crear para un caso individual algo que actualmente no existe, o sea, una corte internacional para asuntos mercantiles. Pensamos, sin embargo, que el permitir la forma oral en la celebración del acuerdo de arbitraje, conduciría a incertidumbre y a litigios, pero podría analizarse, como una solución menos radical, el permitir un acuerdo de arbitraje no necesariamente por escrito, en aquellos casos en los que la ley aplicable no requiera ninguna formalidad para el contrato principal.

El problema que se presenta es el de poder superar el rígido requisito de forma que requiere la Convención de Nueva York⁷, sin modificarla, pues existe un consenso implícito en el sentido de que no es recomendable modificar en ninguna de sus partes, el texto de la Convención de Nueva York, la cual ha tenido una gran aceptación en muchos países.

Una posibilidad que se ha venido manejando en el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL para poder superar el riguroso formalismo de la Convención de Nueva York, se basa

4 Código de Comercio, Art. 1423.

5 Artículo 1031(2) de la Ley de 1998 de Alemania que indica que el requisito de la forma se da por cumplido cuando una parte recibe un documento conteniendo una cláusula arbitral, y no lo objeta oportunamente...

6 Kaplan, Neil, "Is the need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? En (1996) 12 Arbitration International 27, págs. 44-45.

7 Artículo II(2) La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas.

en una interpretación de su artículo 7° que establece que "las disposiciones de dicha Convención no privarán a ninguna de las partes interesadas, de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación, o los tratados, donde dicha sentencia se invoque". Una interpretación liberal de lo previsto por la propia Convención sería en el sentido de que si la ley de un determinado país no establece como requisito del acuerdo arbitral el que éste sea por escrito, sino que, por el contrario, establece una formalidad menos rigorista, entonces el laudo arbitral podría ejecutarse en dicha jurisdicción, aun cuando no se contara con un acuerdo arbitral por escrito. Si dicha interpretación pudiese ser seguida por los tribunales encargados de ejecutar el laudo, no sería necesario modificar la Convención de Nueva York, y para darle la vuelta al requisito formal, únicamente sería necesario modificar las legislaciones internas de los estados, para establecer que el acuerdo de arbitraje puede perfeccionarse con formalidades menos estrictas que la de encontrarse redactado por escrito⁸.

No existe opinión unánime sobre si el requisito de que el acuerdo de arbitraje sea por escrito, deba de ser modificado. Aun cuando prevalece una tendencia favorable a resolver las controversias en el arbitraje, y no ante los tribunales del orden común, también es cierto que la formalidad de "por escrito" presta una gran certidumbre al momento de determinar, si hubo o no hubo la voluntad de las partes, de sacrificar su derecho a concurrir a los tribunales estatales.

2.- En su ponencia de admisión a esta Academia, el Doctor Claus Von Wobeser nos ilustró sobre la conveniencia de ampliar el alcance de las materias que pueden ser arbitrales, y sugirió como ejemplos de materias que pudieran incluirse en la lista a: Derechos de Autor; Propiedad Industrial; Leyes de Telecomunicaciones; Adquisiciones y Obras Públicas; Derecho del Trabajo, Competencia Económica y materia fiscal. El problema se presenta cuando en un arbitraje internacional existe una diferencia sustancial entre los conceptos de arbitrabilidad que pueda tener el estado en el que se lleve el arbitraje, y aquel en el que se pretenda ejecutar el laudo. Con objeto de no correr el riesgo de que al momento de ejecutar un laudo en el extranjero, la parte ganadora se encuentre con que no es posible

llevar a cabo dicha ejecución, porque el objeto de la controversia no es arbitrable, se han analizado las siguientes posibilidades⁹:

i) Lograr que los estados elaboren una lista detallada de aquellas cuestiones que no son arbitrables. Esta posibilidad es difícil de obtener pues lo más probable es que se lograra consenso en algunos cuantos temas, sin que dicha numeración pudiese ser lo suficientemente completa¹⁰.

Sin embargo, de lograrse, sería muy útil para todos los interesados en el arbitraje internacional el poder saber cuáles son, sin lugar a dudas, las materias cuya arbitrabilidad se encuentra restringida. Además, si pudiese haber una resolución internacional, relacionada con la Ley Modelo, se estaría "sugiriendo" a los estados que identificaran las materias no arbitrables, y que en lo futuro analizaran la justificación para considerarlas como tal.

ii) Una segunda posibilidad sería la de establecer una forma muy general para identificar cuáles son aquellas materias que no son arbitrables; sin embargo, mientras más general sea la definición, mayor es el riesgo de encontrar interpretaciones diferentes por parte de los tribunales nacionales de los diversos estados. Por el contrario, si se tuviera una lista demasiado detallada, se correría el riesgo de que no fuese aceptada por los estados y, en la medida en que sí fuera aceptada, dicha lista podría permanecer estática durante mucho tiempo, impidiendo así el desarrollo y dinamismo que debe caracterizar el arbitraje internacional, y bloqueando, de hecho, los intentos para reducir el número de materias no arbitrables.

3.- Tema importante es el de la ley aplicable a la arbitrabilidad.

Aspectos tales como i) la aplicación de la ley a que se ha sujetado el acuerdo de arbitraje; ii) el impacto que tiene en el arbitraje la ley del lugar en que éste se lleve a cabo; iii) el orden público del lugar de ejecución del acuerdo de arbitraje, o del lugar de ejecución del laudo; y, iv) la situación especial del juez ante quien se presenta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje, son temas que orillan a la reflexión sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad.

8 Cuando hay tratados bilaterales de inversión, puede darse el caso de que el laudo que se dicte, y la ejecución del mismo, no se encuentre basado en tradicionales acuerdos de arbitraje celebrados entre las partes sino que, más bien, se encuentren basados en la oferta llevada a cabo por el estado contratante al momento de celebrar el tratado, y el consentimiento del inversionista manifestado por el hecho de haber invertido y de iniciar el procedimiento arbitral. La ejecución de ese tipo de laudos pudiese ser cuestionable de conformidad con la Convención de Nueva York, sin embargo debería de ser posible que un tribunal arbitral acepte su jurisdicción en esos casos, aun cuando no se cuente con una cláusula por escrito.

9 Posible Trabajo Futuro en el Area de Arbitraje Comercial Internacional. UNCITRAL A/CN.9/460, 33.34 Nota de la Secretaría.

10 Ver Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Art. 615.

La pregunta que debemos formularnos es, si la arbitrabilidad de las controversias entre las partes debe derivarse de un principio transnacional directamente aplicado al arbitraje en concreto, sin una referencia al derecho interno. Esto sería el ideal; sin embargo mientras se logra un consenso internacional al respecto, el problema podría resolverse a la luz de la Convención de Nueva York de la siguiente manera:

i) Para efectos de dicha Convención¹¹, un acuerdo de arbitraje internacional debería de considerarse como válido, eficaz y aplicable en virtud de la arbitrabilidad de la materia, a menos de que la parte que se resista a que inicie el arbitraje, o que se oponga al reconocimiento y ejecución del laudo, pruebe a satisfacción del juez que el acuerdo es inválido, tanto bajo la ley elegida por las partes para la interpretación de su acuerdo arbitral, como bajo la ley del país en el cual el arbitraje se lleva a cabo.

Aun cuando la anterior propuesta pudiese ser útil para otorgar seguridad jurídica al arbitraje internacional, con base en una ley de referencia, también es cierto que la ley del lugar del arbitraje en muchas ocasiones no tiene ninguna conexión con el contrato internacional en el que se contienen las obligaciones de las partes. El otorgar una disposición de esa naturaleza, podría dar a las partes una libertad muy amplia para ponerse de acuerdo en la aplicabilidad de una ley, vigente en un país que acepte la arbitrabilidad de la controversia de que se trate (pudiera ser el único país en el mundo que considerara dicha arbitrabilidad) pero que no tuviere conexión con el contrato.

ii) Otro punto que pudiera ayudar a las cuestiones de falta de ejecución del laudo por inarbitrabilidad de la materia, pudiese consistir en modificar el artículo 1462 fracción II de nuestro Código de Comercio, para establecer que un laudo no será denegado en su ejecución salvo que se compruebe, tanto que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, como que dicho objeto de la controversia es una materia de una importancia tan fundamental para el estado, que su reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público. Si se exigiere el cumplimiento de ambos requisitos conjuntamente, y no solamente de uno de ellos, como actualmente está establecido, se daría lugar a que el juez, para denegar la ejecución de un laudo, tuviera que referirse en todo caso a un orden público, el cual,

tratándose de un arbitraje internacional, no necesariamente debería de ser, el orden público nacional.

4.- Otros aspectos que tal vez podrían considerarse al revisar nuestro Código de Comercio se refieren a situaciones que pudiesen dar lugar a la terminación del acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, ¿qué ocurre con el acuerdo de arbitraje cuando una de las partes ha sido declarada en quiebra, ya sea previamente al inicio del arbitraje, o durante el procedimiento?

¿Qué ocurre con la controversia que se ha suscitado entre las partes cuando el juez ha declarado la anulación de un laudo arbitral con base en el artículo 1457 del Código de Comercio? (salvo el caso de invalidez del acuerdo de arbitraje?) La controversia deberá de ser decidida en un nuevo arbitraje? o por lo contrario, si se anuló el laudo, revive la jurisdicción de los jueces de orden común? Las reglas de arbitraje del CIADI¹² son claras en el sentido de que en ese supuesto se podrá presentar una nueva petición de resolución a un nuevo tribunal arbitral, sin embargo, las leyes de arbitraje de diversos países europeos como Francia¹³, Italia¹⁴ y Holanda¹⁵ establecen que en ese caso, a menos de que las partes, concluyan un nuevo acuerdo arbitral, el juez deberá resolver el fondo del asunto.

B.- Facultades y deberes de los árbitros y otros aspectos procesales.

i) El Código de Comercio¹⁶ establece que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, y en consecuencia, pueden convenir en un número par de árbitros. Nuestra legislación arbitral no ofrece ninguna solución en caso de empate al momento de dictar el laudo. Aun cuando se antoja difícil que las partes pudieran caer en una situación como ésta, no es imposible el que así ocurra, razón por la que tal vez debería haber alguna solución para el caso de que el tribunal arbitral así compuesto, no pueda llegar a una resolución por mayoría. En ese supuesto tal vez podría modificarse la ley, para permitir que los árbitros nombrados por las partes puedan designar a un árbitro presidente del tribunal arbitral, y, de no ponerse de acuerdo sobre dicha designación, pedir al juez competente que la haga.

ii) El Código establece¹⁷ que para el caso de recusación de un árbitro, corresponderá al tribunal arbitral decidir

11 Ver artículos II(3) y V (1)(a).

12 Artículo 55.

13 Artículo 1485.

14 Artículo 830(2).

15 Artículo 1067.

16 Artículo 1426.

17 Artículo 1429.

sobre dicha recusación. Sin embargo, no se hace distinción entre un tribunal arbitral y un árbitro único, de manera que para la decisión sobre la procedencia o no de una recusación, el propio árbitro recusado participa en las deliberaciones correspondientes, y si se trata de un árbitro único, a él mismo le corresponde decidir en primera instancia sobre su propia recusación. Tal vez fuese conveniente llevar a cabo unas modificaciones a este procedimiento, pues aun cuando en última instancia la decisión puede ser revisada por un juez, no parece razonable que el árbitro recusado, resuelva sobre su propia recusación.

iii) Cuando un tribunal arbitral decide que es competente para conocer de un asunto, cualquiera de las partes podrá solicitar a un juez que resuelva en definitiva¹⁸; sin embargo, nuestro Código no establece revisión judicial cuando el tribunal arbitral se declara incompetente. Tal vez pudiese modificarse nuestro Código de Comercio, en el sentido de que la decisión judicial fuese revisable en cualquiera de los dos supuestos, ya sea que el tribunal arbitral se declare competente, o cuando se declare incompetente. En este último caso, tal vez podría imponerse una norma al juez del orden común, para que decida sobre la incompetencia que resolvió el tribunal arbitral, dentro de un período de tiempo relativamente corto.

iv) El tribunal arbitral podrá ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio¹⁹. La cuestión que se presenta para resolver, es la forma para llevar a cabo la ejecución de dicha providencia precautoria, tomando en cuenta que el árbitro no tiene imperio. Aun cuando en la mayoría de los casos dichas providencias son cumplidas voluntariamente, tal vez fuese conveniente que la ley previera que dichas providencias sean dictadas en un laudo parcial, con lo que se abriría la posibilidad jurídica para que sean efectivamente ejecutadas por un juez.

v) La existencia de laudos parciales únicamente se deriva a contrario sensu, cuando el artículo 1449 establece que las actuaciones del tribunal arbitral terminan por laudo definitivo. Interpretado a contrario sensu, se abre la posibilidad de laudos no definitivos, o sea laudos parciales o interlocutorios, los cuales deben de ser igualmente objeto de ejecución en los términos del artículo 1461 y siguientes. Sin embargo, no queda expresamente establecida la posibilidad de tal laudo parcial, por lo que se sugiere la inclusión expresa de dicho concepto en nuestra legislación.

vi) Si el tribunal arbitral no se opone, hará constar en un laudo arbitral la transacción a la que hayan llegado las partes por la que resuelvan el litigio²⁰. Sin embargo, más adelante nuestra ley precisa que dicho laudo tendrá la misma naturaleza y efectos, que cualesquier otros dictados sobre el fondo del litigio, pero dicho laudo podrá no ser motivado.

Cabe preguntarnos, si no sería conveniente que las causas de nulidad previstas por el artículo 1457 fracción I, fuesen limitadas para mencionar que en el caso de un laudo por acuerdo de las partes, únicamente cabrían como causas de nulidad, o como causas para denegar el reconocimiento o la ejecución de dicho laudo, el que el mismo sea contrario al orden público.

Si las partes han llegado a una transacción, no es razonable que se apliquen las mismas causas de anulación, o de denegación de la ejecución, como si se tratase de un laudo que haya sido dictado por el tribunal arbitral sobre el fondo del litigio, sin que hubiese un previo acuerdo de las partes.

vii) En actuaciones arbitrales en las que participe más de un árbitro, y en el laudo, basta las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas²¹. Sin embargo, nada dice nuestra ley para el caso de que uno de los árbitros desee elaborar un voto particular en relación con el laudo, ni tampoco si dicho voto particular debería de hacerse del conocimiento de las partes, o cuál debería de ser el tratamiento a dicho voto particular.

Aun cuando el contenido del voto particular de uno de los árbitros pudiese ser el fundamento para que la parte perdedora plantee, o la nulidad del laudo, o su denegación de ejecución, también considero que la opinión disidente de uno de los árbitros debe de contar con un camino adecuado para ser expresada.

viii) Confidencialidad de la información en el arbitraje
Aun cuando se ha escrito mucho sobre que una de las características del arbitraje es su confidencialidad en relación con terceros, la realidad ha hecho cada vez más evidente que las expectativas que tienen las partes de que el procedimiento arbitral se mantenga confidencial, no se encuentran debidamente protegidas. La confidencialidad del procedimiento arbitral se ha considerado como una consecuencia natural del arbitraje, pero aún no se ha precisado el alcance de dicho concepto.

18 Artículo 1432, 3er párrafo.

19 Artículo 1433.

20 Artículo 1447.

21 Artículo 1448, primer párrafo.

La decisión de un tribunal australiano²² puso en entredicho la confidencialidad de los procedimientos arbitrales internacionales, y significó una fuerte llamada de atención a los usuarios del arbitraje. Por eso, se ha hecho necesario que las partes en forma expresa, pacten sobre la confidencialidad del procedimiento, con objeto de que no pueda ser divulgado, ni siquiera a otras autoridades. No es fácil establecer una regla general sobre el alcance de la confidencialidad del procedimiento arbitral, sin embargo debería de hacerse un esfuerzo para modificar la legislación en el sentido de que esa confidencialidad, debe de existir. Aun cuando sea difícil definir el alcance de la obligación, sería conveniente consagrar ese principio en una forma expresa dentro de la legislación arbitral, ya que es de gran importancia para las partes el saber qué información debe tratarse como confidencial; qué personas están obligadas a guardar la confidencialidad, y cuáles podrían ser las excepciones a la obligación general de confidencialidad.

ix) Responsabilidad de los árbitros

Como consecuencia de la proliferación de arbitrajes en el mundo, cada vez es más frecuente la utilización de tácticas agresivas provenientes de la parte perdedora, para atacar en forma personal la independencia de los árbitros frente al procedimiento arbitral. Ha sido frecuente que los árbitros se hayan visto amenazados de reclamaciones en su contra, si es que no actúan de la manera que una de las partes les pretende imponer. Con objeto de evitar tal situación, se ha sugerido que se establezcan normas en el sentido de que, si el árbitro ha llevado a cabo honesta y diligentemente el cumplimiento de sus funciones, debería de contar con inmunidad frente a reclamaciones por responsabilidad personal.

Con objeto de que dicha inmunidad no fuera absoluta, podrían precisarse las causales por las que incurriría en tal responsabilidad personal, como sería por ejemplo, el caso de la Ley de Perú en la que se indica que: "la aceptación de la designación de árbitro, otorga a las partes el derecho de exigirle que cumpla con sus responsabilidades, dentro del período de tiempo que se le ha otorgado, en el entendido de que, si no lo hiciera, sería responsable por los daños que causara como consecuencia de la demora, o la falla en el cumplimiento de sus obligaciones".

Conviene tomar en cuenta, los comentarios llevados a cabo por la International Bar Association, cuyas reglas de ética

de 1987 para los árbitros internacionales, establecen que: "los árbitros internacionales deberían, en principio, gozar de inmunidad para ser demandados bajo las leyes nacionales, excepto en casos extremos de incumplimiento voluntario o negligente de sus obligaciones legales". Christian Hausmaninger²³ ha sugerido que los árbitros internacionales deberían de ser inmunes en relación con juicios por responsabilidad civil, excepto en aquellos casos de violaciones de sus obligaciones contractuales, que sean intencionales o gravemente negligentes, y cuando dichas violaciones hayan traído como consecuencia, o la terminación anticipada del procedimiento arbitral, o la anulación del laudo final. En ningún caso deberá el árbitro de ser responsable por errores en la elaboración del laudo final, al menos que dichos errores consistan en un desdén manifiesto por la ley aplicable."

La inmunidad por dicha responsabilidad profesional, ya ha sido incluida para las instituciones arbitrales y su personal, así como para los árbitros, en reglamentos arbitrales tales como los de la ICC²⁴ y la AAA²⁵.

Las reglas de ética de la IBA sugieren que la sanción para el caso de incumplimiento de alguna obligación del árbitro, sea únicamente la separación de su cargo, con la consecuente pérdida de su derecho a remuneración²⁶.

C.- Apoyo del juez al proceso arbitral

i) El Código de Comercio prevé la asistencia judicial para el desahogo de pruebas, sin embargo únicamente es aplicable al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el arbitraje se encuentre en territorio nacional²⁷. Ese apoyo judicial no se hace extensivo a arbitrajes que se lleven a cabo en el extranjero. Los creadores de la ley Modelo, en la que se basó nuestro Código de Comercio, pensaron que dicha posibilidad podría inducir a las partes, a solicitudes de desahogo de pruebas que únicamente dieran lugar a dilaciones en el proceso arbitral, o a la obstrucción del mismo. Sin embargo, la disposición de nuestro Código de Comercio contiene en su redacción, la respuesta a la posibilidad de demoras, pues requiere la aprobación del tribunal arbitral para que se solicite la asistencia del juez. Tal vez fuese conveniente que se precisara dentro de nuestra ley, que esa posibilidad de solicitar la asistencia del juez, también le corresponde a tribunales arbitrales que conduzcan el arbitraje en territorio extran-

22 Esso Australia Resources vs Plowman.

23 Supra No. 34, pág. 48.

24 Artículo 34.

25 Artículo 35.

26 Introductory Note, 5° párrafo.

27 Artículos 1455 y 1444.

jero. Consideramos el caso de un arbitraje entre una compañía mexicana y una compañía norteamericana, que se lleve a cabo en la ciudad de Nueva York, pero que se refiera a cuestiones de derecho mexicano, en el que los tres árbitros sean de nacionalidad mexicana y los testigos se encuentren domiciliados en México. Para un caso como el antes planteado, la modificación sugerida podría ser de evidente utilidad.

ii) Un laudo que no sea final en el estricto sentido de la palabra pudiese no ser ejecutable, pues la Convención de Nueva York no hace una distinción entre laudo final y laudo interlocutorio. Sin embargo, una providencia precautoria es además de "vinculante" para las partes, "final" en el sentido de que es "definitiva", de acuerdo con sus propios términos, lo cual incluso implica la posibilidad de que sea combatida a través de una anulación, o de una impugnación a su ejecución.

Sería deseable que las providencias precautorias que dicten los tribunales arbitrales en el extranjero, igualmente puedan ser ejecutadas por un tribunal nacional. Aun cuando dicha medida cautelar sea dictada como laudo, si no se cuenta con una norma apropiada, parece difícil que se obtenga su ejecución, si es proveniente del extranjero. Los trabajos que actualmente se llevan a cabo en UNCITRAL en relación con esta materia, se están enfocando principalmente a las siguientes cuestiones:

a) A definir el concepto de medida cautelar, estableciendo que puede ser emitida ya sea por un laudo provisional o de otra forma; b) a establecer los requisitos para que proceda la medida cautelar; c) a autorizar la posibilidad de solicitudes de medidas cautelares, sin notificar previamente a la contraparte, cuando se demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar la eficacia de la medida; y d) a fijar los requisitos para denegar el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares

iii) Reconocimiento y ejecución de laudos

Es conveniente analizar el problema de la duplicidad en el control jurisdiccional de los laudos, que aparece en la Ley Modelo de la UNCITRAL, con su lista paralela de causas de anulación y de no ejecución de los laudos²⁸, y que fueron copiadas por nuestro Código de Comercio²⁹. La crítica es particularmente fuerte en lo que se refiere a arbitrajes domésticos, en los que tanto el juez de anulación como el juez de ejecución se encuentran en el mismo país, o incluso en la misma ciudad, pues en esos casos la parte

perdedora podrá intentar en primer lugar la anulación del laudo, y aun cuando el juez considere improcedente dicha acción, podrá posteriormente hacer valer los mismos argumentos, al oponerse a la ejecución de dicho laudo. A esa situación se le ha considerado como el mayor defecto de la Ley Modelo³⁰. Sin embargo, para corregir esa duplicidad de control en arbitrajes nacionales, nada impide a un estado el que incluya dentro de su propia legislación reglas que rijan la relación entre ambas disposiciones legales, incluyendo la posibilidad de que una vez que se haya declarado improcedente la nulidad del laudo solicitada por alguna de las partes, ya no sea posible hacer valer las mismas causas, al solicitar la ejecución de dicho laudo arbitral.

No obstante el aparente problema que presenta la duplicidad de control en arbitrajes locales, no consideramos deseable, en arbitrajes internacionales, eliminar la posibilidad de anular un laudo, permitiendo únicamente hasta la etapa de ejecución, el análisis de cualquier violación procesal que aleguen las partes, pues eso daría lugar a dos situaciones inconvenientes: (i) si los jueces del lugar del arbitraje no tuvieran la posibilidad de analizar los errores procesales y las fallas más elementales de justicia, en el momento más próximo posible a la fecha en que se haya dictado el laudo, ocurriría que, los demandantes que hubiesen perdido en el arbitraje como consecuencia de esas fallas, no tendrían absolutamente ninguna defensa, ya que, al no ser procedente el inicio de ejecución alguna, no tendrían un momento procesal en el que pudieran solicitar la nulidad del laudo; (ii) por otro lado, cuando el demandado fuere condenado en el laudo, si no tuviese la oportunidad de presentar una nulidad en el tribunal del lugar en el que se llevó a cabo el arbitraje, podría encontrarse frente a una situación, en la que sería molestado a través de procedimientos de ejecución en todo el mundo, incluyendo posibles bloqueos de cuentas, y embargo de sus activos. Por eso hay que preservar el derecho de la parte perdedora de atacar el laudo en sus raíces, en lugar de tener que esperar para defenderse hasta que se lleven a cabo los procesos de ejecución del laudo en diversas partes del mundo. Hay quienes sostienen que la nulidad del laudo debería de ser eliminada de los procesos arbitrales o, cuando mucho, debería de tener efectos únicamente en el país en que el laudo haya sido dictado, pero no debería de ser tomada en cuenta al momento de la ejecución en otro país. Quienes así argumentan, sostienen que existe una tendencia internacional, a darle cada vez menor importancia a la relación formal entre el laudo

28. Contenidos en sus artículos 34 y 36.

29. En sus artículos 1457 y 1462.

30. Van den Berg, Albert Jan "The Efficacy of Awards in International Commercial Arbitration" en (1992) 58 Arbitration 267 pág. 272.

y el lugar en que se lleva a cabo el arbitraje. Sin embargo, me parece que se debe depositar una gran confianza en los jueces del lugar del arbitraje, lugar que ha sido libremente elegido por las partes, y que en muchas ocasiones, se eligió habiendo tomado en cuenta la neutralidad del país en que se encuentra, o su falta de contacto con la materia objeto de la controversia, y con las partes involucradas.

Lo más conveniente debe de ser mantener el efecto frente a todo el mundo de la anulación de los laudos, aunque tal vez pudiera haber alguna reducción de la segunda fase del control judicial en el lugar de la ejecución. Tal vez podría emitirse alguna opinión interpretativa, en el sentido de que, cuando se hayan hecho valer en el lugar de emisión del laudo algunas de las causas de nulidad³¹, y que dicha acción no haya tenido éxito frente al juez local, entonces, al momento en el que se presente el laudo para su ejecución en otro país, no sea posible el volver a intentar como defensas, para denegar la ejecución del laudo arbitral, las mismas defensas que ya se hayan planteado ante el juez del lugar del arbitraje. No se trata de darle el carácter de cosa juzgada a la decisión del juez del lugar del arbitraje, sino más bien una llamada de atención, para que el juez del lugar de ejecución pueda declinar el reconsiderar el asunto, si se encuentra convencido de que la parte solicitante ha tenido la oportunidad plena de plantear su caso ante un tribunal.

iv) Analicemos ahora si las palabras que utiliza el artículo 1462 de nuestro Código de Comercio, que proviene del artículo 36 de la Ley Modelo y del artículo V (1) de la Convención de Nueva York deben ser interpretadas en el sentido de que se está otorgando la facultad al juez ante quien se ha pedido la ejecución del laudo, de llevar a cabo dicha ejecución aun cuando se le compruebe que se ha dado alguna de las causales previstas en dichas disposiciones legales. El texto de la ley indica que: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado cuando:..." El texto es diferente a la versión francesa de la Convención de Nueva York que indica que: "el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral no será denegado a menos que...". Las diferencias en el texto inglés y el texto francés de la Convención de Nueva York dejan la duda sobre cuál fue la intención de quienes redactaron dicha Convención; sin embargo, un estudio llevado a cabo por Jan Paulsson³² llegó a la conclusión de

que los textos en cuatro de los cinco idiomas oficiales de las Naciones Unidas, no requieren obligatoriamente que se deniegue la ejecución del laudo, aun cuando se comprueben las causales previstas en el texto legal. En vista de lo anterior, se abre la puerta para la discrecionalidad judicial pues, aun cuando se compruebe alguna de las causales para denegar la ejecución, se podría de cualquier manera llevar a cabo la ejecución del laudo, ya que no se impone al juez la obligación para denegar dicha ejecución, sino solamente se le faculta para ello.

Queda claro que el juez a quien se le solicita la ejecución de un laudo, deberá de llevar a cabo dicha ejecución cuando no se le hayan acreditado ninguna de las causas para denegarla; pero no queda tan claro el que, si se prueba alguna de las causas para denegar la ejecución, el juez pueda tener la facultad discrecional para, de cualquier manera, llevar a cabo la ejecución del laudo, aun frente a la existencia de dichas causales, que le podrían permitir la denegación de la ejecución.

v) Causales para denegar la ejecución del laudo

Ya sea que se considere que los jueces tienen la facultad discrecional para llevar a cabo la ejecución, o utilizando la posibilidad que da el artículo VII de la Convención de Nueva York en el sentido de que: "las disposiciones de dicha Convención... no privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación, o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque", las siguientes propuestas pudieran ayudar a reducir el control judicial en la etapa de la ejecución:

a) La invalidez del acuerdo de arbitraje³³ no debería de ser admisible como causal para la no ejecución, si dicha causal no se hace valer en el primer escrito que se presente ante el tribunal arbitral, o si una vez que el tribunal arbitral se ha pronunciado al respecto, no se presenta la correspondiente solicitud de anulación al juez, para que resuelva en definitiva sobre la competencia del tribunal³⁴.

b) Tal vez fuera conveniente establecer que no procederá la denegación de la ejecución, si los defectos en la forma en la que se llevó a cabo la composición del tribunal arbitral³⁵, o el procedimiento arbitral, son simples fallas técnicas o pequeños errores, sin que hayan tenido una influencia significativa en el resultado del arbitraje.

31 De los previstos en los incisos a) al d) del artículo 1457 del Código de Comercio.

32 Paulsson, "May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics" en (1998) 14 Arbitration International 227.

33 Ver artículo V (1)(a) de la Convención.

34 Según lo previsto en el artículo 1432 fracción III del Código de Comercio. 41 Establecida de conformidad con el artículo 2001 del TLCAN.

35 Artículo V(1)(a) y (b) de la Convención.

c) El concepto de que "el laudo no sea aún obligatorio para las partes, o hubiese sido anulado por el juez de país en que hubiere sido dictado...³⁶" pudiera ser definido de una manera muy estrecha. Así por ejemplo, si el laudo hubiera sido anulado en el país en que fue dictado, en virtud de ser contrario al orden público, el juez de ejecución debería tener la posibilidad de volver a analizar si en realidad la ejecución es contraria al orden público del país en el que se lleva a cabo tal ejecución. La propia Convención de Nueva York, que fue copiada textualmente por la Ley Modelo y por nuestro Código de Comercio³⁷, establece como causas para denegar la ejecución, el hecho de que ésta sea contraria al orden público del lugar de la ejecución. Con lo anterior se estaría limitando la posibilidad de que para la anulación de laudos operen ciertos "estándares locales", que pudieran ir en contra de lo que es un verdadero orden público internacional.

IV.- Comencé esta plática indicando que el arbitraje constituye un importante factor del desarrollo económico en las naciones y que para que puedan darse los elementos necesarios para que siga floreciendo dicha institución jurídica, es necesario no únicamente que se desarrolle el marco legal adecuado, sino además, que exista la conciencia en los usuarios privados y en los estados, de que la forma más adecuada de resolver las diferencias, tanto entre los estados, como entre los estados y otros particulares, es precisamente facilitando la expansión del arbitraje.

Nos hemos encontrado con un ejemplo de acción gubernamental que, más que permitir al arbitraje florecer, le ha puesto una camisa de fuerza. Me refiero, a la interpretación que los gobiernos signatarios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) le han dado al artículo 1105 de dicho Tratado que establece que "cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena".

El capítulo XI del TLCAN establece tres objetivos para la protección de los inversionistas: 1) el establecer un ambiente de inversiones que dé seguridad al inversionista a través de la elaboración de reglas claras y de un trato justo; 2) el remover barreras a la inversión, eliminando o liberalizando restricciones existentes; y 3) el proporcionar un medio efectivo, para la resolución de controversias entre el inversionista y el gobierno anfitrión.

El concepto "trato justo y equitativo", como muchos otros conceptos en el TLCAN no se ha definido. Las reglas tradicionales para la interpretación de los tratados, ordenan que los términos de un tratado sean interpretados de conformidad con su significado, así como de los objetivos y propósitos del tratado³⁸.

Los críticos del TLCAN se inclinan por una interpretación muy limitada del concepto de "trato justo y equitativo", mientras que los defensores del TLCAN han abogado por una interpretación mucho más liberal. El concepto de "trato justo y equitativo", es un término de derecho internacional que aparece en muchos acuerdos de protección recíproca de inversiones (APRI), que fueron diseñados con el propósito de proteger a la inversión extranjera, porque el derecho internacional consuetudinario, únicamente proporcionaba a los extranjeros derechos limitados.

Los APRIS celebrados por los países desarrollados, con países en vías de desarrollo, otorgan ciertas protecciones a los inversionistas con objeto de incentivar a la inversión extranjera. Kenneth J Vandeveld³⁹, ha adoptado un punto de vista restrictivo, manifestando que la disposición sobre "trato justo y equitativo" únicamente otorga la protección básica mínima que debe de ser utilizada en situaciones donde otras disposiciones del derecho internacional, y de la ley nacional, no otorgan protección a los inversionistas. Únicamente proporciona un principio básico de trato equitativo, que sirve para influir en la interpretación de otras disposiciones del APRI en cuestión.

Sin embargo, una interpretación más amplia, establece que el estándar que proporciona dicha disposición, es independiente de la forma en que se deben de interpretar otras disposiciones de derecho internacional. El concepto de "trato justo y equitativo", cubre conductas que van mucho más allá del estándar mínimo, otorga una protección mucho más amplia, y marca un estándar mucho más efectivo que cualquier grupo de palabras utilizadas en el pasado."⁴⁰

Es evidente que los inversionistas siempre buscarán la interpretación más amplia, buscando una mayor protección de sus inversiones. Los estados, generalmente argumentarán en favor del punto de vista más restrictivo, buscando limitar su responsabilidad frente a los inversionistas extranjeros.

Como resultado de una tendencia que se estaba dando en los arbitrajes relacionados con el artículo 11 del TLCAN,

36 Artículo V(1)(e) de la Convención.

37 En el artículo 1462 fracción II.

38 Convención de Viena del 23 de mayo de 1969.

39 Vandeveld, *United States Investments Treaties: Policy and practice* 1 (1992) págs. 76-77.

40 Rudolf Dolzer y Margaret Stevens *Bilateral Investment Treaties* (1995), págs 58 y 59.

la Comisión de Libre Comercio⁴¹, el 31 de julio de 2001 emitió una interpretación del concepto de "trato justo y equitativo"⁴² en los siguientes términos:

"1.- El artículo 1105(1) establece el estándar mínimo a que se refiere el derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros, como el estándar mínimo de trato a ser otorgado a las inversiones de inversionistas de otra Parte.

2.- Los conceptos de "trato justo y equitativo" así como "protección y seguridad plena" no requieren de un trato adicional más allá de aquel que se requiere por el estándar mínimo de trato a los extranjeros previstos por el derecho internacional consuetudinario.

3.- Una determinación de que ha habido una violación de alguna otra disposición del TLCAN, o de un convenio internacional, no significa que haya habido una violación del artículo 1105(1)."⁴³

Antes de que se llevara a cabo la emisión de la interpretación de la Comisión, se había iniciado una tendencia hacia una interpretación expansiva del artículo 1105, que apuntaba hacia una mayor protección de la inversión extranjera en los países del TLCAN. En el caso de *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal arbitral sostuvo que la falta de transparencia y violación del artículo 102(1) del TLCAN, que establece como objetivos del tratado principalmente los de trato nacional, y trato de nación más favorecida, se considera violatorio del artículo 1105. Aun cuando la Suprema Corte de Columbia Británica dejó sin efecto parte de la decisión del tribunal arbitral de *Metalclad*, la decisión inicial del tribunal, demuestra su intención de dar una interpretación amplia a la protección de las inversiones contenidas en el artículo 1105. Posteriormente en el caso *S.D. Myers, Inc. vs. Gobierno de Canadá*, el tribunal arbitral sostuvo que una discriminación intencionada, llevada a cabo sobre la base de nacionalidad, era una violación al derecho internacional, y por lo tanto una violación al artículo 1105. Posteriormente en el caso de *Pope and Talbot Inc. vs. Canada*, el tribunal arbitral sostuvo lo que podría considerarse como la interpretación más expansiva del artículo 1105, cuando llegó a la conclusión de que, trato justo y equitativo, incluye elementos de justicia por encima de los mínimos establecidos por el derecho internacional.

La interpretación de la Comisión reducirá el ámbito de aplicación del artículo 1105 así como su protección a los inversionistas.

Al haber determinado que el trato "justo y equitativo" se limita exclusivamente al estándar mínimo previsto por el derecho internacional consuetudinario, la Comisión se pronunció en contra de lo manifestado por el tribunal en *Pope and Talbot* quien resolvió que el artículo 1105 incluye elementos de justicia por encima de los mínimos previstos por el derecho internacional.

Es previsible que en el futuro, los inversionistas que acudan al proceso de arbitraje previsto en el artículo 11 del TLCAN, argumentarán que el concepto de trato justo y equitativo se ha desarrollado considerablemente desde la decisión del tribunal de reclamaciones Estados Unidos México en 1926, en el que se indicó que la conducta de un estado, para que le permitiera a un extranjero tener una acción reclamando compensación, tenía que ser espantosa, gravísima y ultrajosa.

No cabe duda que los inversionistas argumentarán en el futuro que el trato justo y equitativo, como un estándar independiente, se ha desarrollado considerablemente a partir de una norma de derecho internacional consuetudinario. Una interpretación moderna, dotará a los tribunales arbitrales del capítulo 11 con mayor flexibilidad, que suponemos es la que las partes del TLCAN desearon cuando se abstuvieron de definir el concepto de "trato justo y equitativo".

• • • •

En esta plática he tratado de utilizar el concepto de "desarrollo(s) en el arbitraje en dos vertientes: la primera en el sentido de que el arbitraje, como una forma civilizada de resolver controversias internacionales, ha constituido un instrumento adecuado para contribuir a la obtención de las metas de los países en vía de desarrollo. Además, como se ha dicho desde años atrás, no hay mejor forma de lograr la paz en el mundo, que a través de intercambios comerciales, y para que éstos se logren con mayor seguridad jurídica, se ha llegado a la conclusión de que es más adecuado el sistema del arbitraje internacional para resolver las controversias, en lugar de obligar a las partes a litigar, sometiéndose a la jurisdicción de los tribunales estatales.

Por otra parte, los desarrollos en el arbitraje implican que para poder lograr los fines antes mencionados, el arbitraje internacional debe de refinarse, amoldándose a las circunstancias cambiantes, y tomando en cuenta

41 Establecida de conformidad con el artículo 2001 del TLCAN.

42 Con base en el artículo 1131 (2).

43 La Comisión estaba formada por Luis Ernesto Derbez de México, Robert B. Zoellick de Estados Unidos y Pierre Pettigrew de Canadá.

su cada vez mayor aceptación en el mundo del comercio internacional.

Es indudable que la Ley Modelo de UNCITRAL ha tenido un efecto muy importante en las legislaciones del mundo para dar un sustento a la institución del arbitraje internacional. Existe ya una corriente que pretende motivar algunas adecuaciones a la Ley Modelo, las que a su vez pudieran ser implantadas no únicamente en nuestro Código de Comercio sino en las legislaciones de arbitraje de otros países. Este trabajo no es mas que un granito de arena en esa dirección.

No puedo concluir estas palabras sin agradecer muy cumplidamente al Dr. Claus Von Wobeser, distinguido árbitro internacional, miembro de número de esta Academia y Presidente de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, el que haya aceptado contestar mi discurso de ingreso.
Muchas gracias,

EL USO DEL NUEVO REGLAMENTO SUIZO DE ARBITRAJE

Dr. Thomas Knaak

Introducción

El primero de enero del año 2004 entraron en vigor las nuevas disposiciones del Reglamento Suizo de arbitraje internacional ("Swiss Rules"). En agosto del año pasado hubo un cambio importante para la aplicación del Reglamento Suizo en México.

El nuevo Reglamento Suizo es la armonización de los reglamentos de arbitraje existentes de las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud y Zúrich. Estas Cámaras han tenido cada una sus propias reglas individuales. El nuevo Reglamento Suizo se basa en el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI Uncitral). Las nuevas reglas suizas han ido aún más lejos para crear un arbitraje institucional y han incorporado el desarrollo más moderno de arbitraje internacional.

El Reglamento Suizo es una opción más, que puede y debería de ser considerada en contratos internacionales para resolver posibles controversias. Aquí hay que tomar en cuenta que ya el nombre "Reglamento Suizo" establece una relación real con la Suiza, que de por sí es un símbolo de seguridad, confianza y un estado jurídico que merece su respeto.

I. Qué es el Reglamento Suizo?

1. En su nueva versión es un sistema de arbitraje institucionalizado con sus propias reglas que, como ya se ha mencionado, se basa en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Los detalles del nuevo Reglamento Suizo en comparación con el reglamento de arbitraje de la CNUDMI se pueden ver muy bien en la página web de las Cámaras (www.swissarbitration.ch). En esta página web también aparece el Reglamento Suizo en su versión actual en lengua española.

2. Un Comité de administración ("Comité de arbitraje") ha sido nombrado para la administración, la supervisión y el apoyo de los arbitrajes sometidos a este Reglamento. Toda referencia a las Cámaras en el texto del Reglamento Suizo como en este texto se entiende como referencia al Comité de arbitraje.

El Comité de arbitraje se compone actualmente de 31 experimentados profesionales del arbitraje internacional. Adicionalmente el Comité de arbitraje ha nombrado entre sus miembros un Comité especial, el cual decide sobre cuestiones muy importantes como la recusación y sustitución de árbitros o en caso necesario sobre la sede del arbitraje. Asesorará en otras cuestiones de procedimiento, en especial sobre interpretaciones de cláusulas de arbitraje.

En comparación con órganos de otros sistemas de arbitraje internacional, en especial de la CCI, estos órganos ejercen un poder moderado. El Reglamento Suizo le otorga la mayoría de los derechos al tribunal arbitral y a las partes.

II. Ámbito de Aplicación

1. El Artículo 1 del Reglamento Suizo dice literalmente:

"1. El Reglamento será aplicable a aquellos arbitrajes internacionales en los que en un convenio de arbitraje se refiera al Reglamento o a los reglamentos de arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud o Zúrich, o a los de cualesquiera otras Cámaras de Comercio e Industria que posteriormente adopten este Reglamento.

2. Las partes son libres de fijar un lugar en Suiza o al exterior como sede del arbitraje.

3. Este Reglamento entrará en vigor el 1 de enero de 2004 y, salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicará a todo procedimiento arbitral en el cual la Notificación de arbitraje ha sido presentada en, o a partir de esa fecha."

Las disposiciones sobre el ámbito de aplicación son claras y no requieren una explicación de su contenido. Sin embargo la cláusula número 2 es una revolución en la historia del Reglamento Suizo, más bien de los reglamentos suizos, ya que antes la sede siempre tenía que estar en Suiza.

La revolución aquí citada de la cláusula número 2 ha sido incorporada en el Reglamento Suizo hasta en agosto del año 2004. Es decir que en el momento de la entrada en vigor del nuevo sistema del Reglamento Suizo (el 1 de

enero de 2004), los creadores del nuevo Reglamento todavía no se habían puesto de acuerdo sobre la apertura de la aplicación del nuevo Reglamento hacia el mundo entero.

La revolución actual del Reglamento no deja dudas: Las partes son libres de fijar un lugar como sede del arbitraje que puede estar fuera del territorio suizo (lo que antes no era posible). Esto significa desde el punto de vista mexicano que un arbitraje puede desarrollarse en el territorio mexicano bajo el ámbito del Reglamento Suizo.

Con esta nueva disposición el Reglamento Suizo ha creado para todas aquellas partes que por una parte confían a la seguridad suiza, pero que por cualquier razón no querían poner la sede de un arbitraje en la misma, una real alternativa. En la consultoría de clientes, que concluyen contratos internacionales, se debería de tener en mente que el nuevo Reglamento Suizo es una real alternativa para la resolución de un conflicto que tiene una disposición liberal para escoger la sede del arbitraje.

2. Para poder aplicar el Reglamento Suizo se ha creado el siguiente modelo de convenio arbitral:

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, incluyendo su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento Suizo de arbitraje internacional vigente a la fecha en que la notificación del arbitraje sea presentada conforme al mismo.

El número de árbitros será de ... (uno o tres).

La sede del arbitraje será ... (lugar en Suiza o al exterior).

El idioma, que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... (complete con el idioma elegido)."

III. Procedimiento

Ya se ha destacado que las regulaciones sobre el procedimiento del arbitraje en el Reglamento Suizo se basan fuertemente en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Es por eso que a continuación se mostrarán en breve solamente algunas especialidades del nuevo Reglamento Suizo que se desprenden de estas reglas.

Cabe recordar que el sistema suizo les da la más grande autonomía a las partes para disponer de sus propias reglas de administración del arbitraje, lo que significa que las reglas también pueden ser acordadas de otra manera bajo la condición de que las partes o los árbitros se pongan de acuerdo.

1. Inicio del arbitraje

La parte que quiere iniciar un arbitraje deberá presentar una notificación del arbitraje a una de las seis Cámaras de Comercio e Industria en Suiza (Art. 3.1 3.6).

El demandado presentará a las Cámaras una respuesta a la notificación en un plazo de 30 días a partir del día de recepción de la notificación del arbitraje. La respuesta podrá indicar a la vez también la designación del árbitro único o del árbitro nombrado por el demandante para constituir un tribunal arbitral de tres árbitros.

Todo el nombramiento por las partes, ya sea para árbitro único o de árbitros para un tribunal arbitral de tres miembros, será confirmado por parte de las Cámaras. Ellos hacen efectivos tales nombramientos.

Las partes pueden nombrar a cualquier árbitro que consideren competente bajo la condición, de que este mantenga su independencia. El árbitro o los árbitros no tienen que estar listados en alguna de las Cámaras de Comercio e Industria o otra institución. Pueden ser nombrados libremente.

El Reglamento Suizo dice que todo árbitro tiene que ser y permanecer en todo momento imparcial e independiente de las partes. En caso de dudas el Comité Especial decidirá sobre una posible solicitud de recusación si el árbitro recusado no renuncia voluntariamente.

En caso de que las partes no lo hayan convenido de otra forma, se nombrará un árbitro único, si el monto que se reclama sea inferior a CHF 1.000.000 (un millón de francos suizos).

2. Acumulación de procedimientos arbitrales

Las Cámaras van a consultar a todas las partes implicadas y al Comité Especial si en un caso, donde hayan partes ya involucradas en otro procedimiento pendiente, para que este nuevo caso pueda ser remitido a un tribunal ya constituido para el procedimiento arbitral pendiente (Art. 4.1). Esta medida procesual de acumular procedimientos arbitrales permite una aceleración de procedimientos, lo que puede ser una gran ventaja para las partes involucradas.

3. Participación de terceros

Las regulaciones del Reglamento Suizo han ido aún más lejos. Según el artículo 4.2 el tribunal arbitral puede decidir sobre la participación de un tercero que solicita participar en un procedimiento arbitral tras consultar con las partes, teniendo en cuenta las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto.

4. Excepción de compensación

La regulación del artículo 21.5 del Reglamento Suizo le otorga al tribunal arbitral una competencia para decidir sobre una excepción de compensación aún cuando la causa de la misma no esté incluida en el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje, ya sea que es objeto de otro acuerdo de arbitraje o de una cláusula de elección de foro.

5. Procedimiento abreviado

El Reglamento Suizo, como un reglamento de arbitraje moderno, también ha considerado una aceleración del procedimiento mismo. El artículo 42 del Reglamento Suizo permite que las partes puedan acordar un procedimiento abreviado, el cual en general también será el que se aplica cuando el monto en litigio (sumando la petición y la reconvencción) no exceda CHF 1.000.000 (un millón de francos suizos) salvo que las Cámaras decidan en sentido diferente teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

El procedimiento abreviado tiene las cualidades siguientes:

- a) Reducción de los plazos para el nombramiento de los árbitros.
- b) Restricción de someter escritos (escrito de demanda y un escrito de contestación y reconvencción, y en su caso un escrito de contestación a la reconvencción).
- c) El tribunal arbitral celebrará una sola audiencia para el interrogatorio de los testigos y peritos, así como para las conclusiones orales o si las partes lo acuerdan, para aceptar pruebas documentales únicamente.
- d) El laudo será dictado en un plazo de seis meses a partir de la fecha en la cual las Cámaras habrán trasladado el expediente al tribunal arbitral (el plazo excepcionalmente puede ser extendido).
- e) Las razones que fundamentan el laudo pueden ser presentados por el tribunal arbitral en forma somera, salvo que las partes hayan acordado que no se precisarían las razones.
- f) En general la decisión en el procedimiento abreviado es tomada por un solo árbitro.

6. Laudo

En relación con el laudo cabe resaltar tres aspectos más:

- a) Sin que sea una sorpresa, el tribunal arbitral, cuando esté compuesto de tres árbitros, dictará su laudo por

mayoría de votos de los árbitros. En caso de que no se alcance la mayoría, el laudo será dictado por el Presidente del tribunal solo.

- b) El laudo no será controlado por las Cámaras o un comité especial.

- c) El tribunal arbitral tomará su decisión bajo las normas jurídicas que las partes hayan acordado o, sin un acuerdo, bajo las normas jurídicas que presentan la conexión más estrecha con el litigio. El tribunal arbitral también puede estar autorizado de decidir como amigable componedor ex aequo et bono.

7. Confidencialidad y exclusión de responsabilidad

- a) Una de las grandes ventajas de un procedimiento arbitral es el hecho de que el procedimiento arbitral puede desarrollarse en un ámbito confidencial. El artículo 43 del Reglamento Suizo dice que las partes se comprometen a mantener confidenciales los laudos y ordenanzas, así como todos los soportes materiales presentados por la otra parte en el marco del procedimiento arbitral y que no se encuentren en el dominio público (salvo que la divulgación pueda ser solicitada de una parte con base a una obligación legal, para proteger un bien jurídico o ejecutar o impugnar un laudo en el procedimiento ante una autoridad judicial).

El compromiso a la confidencialidad se aplica también a los árbitros, a los peritos nombrados por el tribunal, al secretario del tribunal y a las Cámaras.

- b) En general, tanto para las Cámaras, su personal, los árbitros y los peritos nombrados por el tribunal se excluye la responsabilidad por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje, salvo que quede demostrado que el acto u omisión haya constituido un dolo o una negligencia extremadamente grave.

8. Costas

Aunque el Reglamento Suizo es un reglamento de un arbitraje institucionalizado, ni la Cámara, ni los comités especiales deciden sobre las costas. Diferenciando también el sistema de la CCI, es el tribunal arbitral el que decide tanto sobre el arancel de las costas del arbitraje (tomando en cuenta la tabla de los montos establecidos en el Anexo B al Reglamento Suizo) y los honorarios de árbitros (propuestos en la tabla del Anexo C del Reglamento Suizo).

Sin que las Cámaras tengan un poder de decisión, el tribunal arbitral someterá su borrador sobre el desglose de las costas a las Cámaras (artículo 40.4 del Reglamento).

La calidad suiza siempre ha tenido su precio. Al igual podemos constatar que un procedimiento arbitral bajo el Reglamento Suizo no es el más económico. En comparación con el sistema de la CCI es más caro, sin embargo resulta más económico que sistemas americanos o ingleses.

IV. Conclusiones

Los creadores del nuevo Reglamento Suizo han internacionalizado el sistema de arbitraje basado en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

Con la disposición de que las partes son libres de fijar un lugar en Suiza o al exterior como sede de arbitraje, también México puede ser sede para un tribunal arbitral establecido por el Reglamento Suizo.

El Reglamento Suizo es una alternativa a todos aquellos sistemas de arbitraje institucionalizado con un sistema fuertemente reglamentado. El sistema suizo es un sistema liberal que le concede importantes decisiones únicamente al tribunal arbitral mismo.

Las costas del arbitraje, según los Anexos del Reglamento Suizo, son razonables, aunque más caros que las costas del sistema de arbitraje de la CCI.

Para las partes de un litigio, que no se quieren confiar a un sistema eficaz y formalizado como el de la CCI, el Reglamento Suizo es la alternativa de un sistema de arbitraje moderno y funcional.

(Dr. Thomas Knaak)
Abogado/Cónsul a.h.

LA NUEVA LEX MERCATORIA, NATURALEZA Y ALCANCES

El papel de los usos, costumbres y principios en el derecho comercial internacional

Lic. Alejandro Faya Rodríguez¹

Introducción.

Cuando incursionamos en el terreno del derecho internacional, público o privado, mucho se habla de la *lex mercatoria* (la “*lex*”), pero de una manera notoriamente inconsistente; académicos han utilizado tales vocablos para hacer referencia a los anales del derecho mercantil, al derecho comercial transnacional², a los usos y costumbres internacionales, a los principios generales del derecho comercial e, inclusive, a la equidad y justicia. Consideramos útil definir los parámetros, naturaleza y aplicación práctica de la *lex*, concepto que, como veremos más adelante, no necesariamente se circunscribe a discusiones meramente de tinte académico.

Para ubicar el tema en su contexto es menester hacer una breve referencia al fenómeno que en gran medida ha dado origen a la discusión de mérito, i.e. fuertes movimientos armonizadores que han arrojado un sinnúmero de convenciones internacionales y otro tipo de instrumentos que pretenden regular transacciones internacionales de negocios. Tres principales razones explican lo anterior: (i) las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales que impiden la consolidación de un marco legal uniforme para los negocios internacionales; (ii) la incapacidad de las leyes locales de regular operaciones complejas de tipo transnacional; y (iii) la creciente consolidación del arbitraje como medio efectivo de resolución de controversias internacionales³.

Sobresalen, inter alia, los exitosos trabajos de la Cámara de Comercio Internacional de París (“CCI”), que ha emitido importantes instrumentos tales como los INCOTERMS⁴ o las reglas UCP500⁵. La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, por su parte, ha producido varias Convenciones en las áreas de conflicto de leyes, asistencia judicial y asuntos de familia. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional o UNIDROIT, entidad intergubernamental con sede en Roma, ha venido trabajando desde 1926 para promover la armonización del derecho comercial. Dicho instituto emitió los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales⁶ y finalizó hace pocos años la propuesta de la Convención de Capetown⁷. Otra entidad fuertemente activa es la UNCITRAL, comisión de las Naciones Unidas que, al igual que las ya mencionadas, busca unificar reglas relativas a diversas áreas comerciales; dentro de sus trabajos destacan desde luego la Ley Modelo de Arbitraje⁸, así como un conjunto de reglas para regular arbitrajes ad-hoc

Este activismo armonizador, algunas veces exitoso, otras un tanto fútil, presenta un sinnúmero de instrumentos internacionales tales como convenciones, principios, usos y prácticas codificadas, modelos de leyes y contratos, recomendaciones, estudios y demás. De esta situación, surge entonces la discusión de la existencia o no de una especie de “régimen transnacional”, asociado frecuentemente con

1 Abogado y Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana; Maestro en Derecho por la Facultad de Leyes de la Universidad de Oxford. E-Mail: afaya@economia.gob.mx, alejandrofaya@yahoo.com.

2 Para efectos del presente artículo, definimos dicho término como el conjunto de reglas que regulan el comercio transnacional, independientemente de su fuente.

3 A Goldstajn, “The New Law Merchant Reconsidered” en *Law of International Trade* (ed. Friz Fabricius).

4 Los INCOTERMS, o Reglas para la Interpretación Uniforme de Términos Comerciales, son un conjunto de reglas para interpretar los términos comúnmente utilizados en la distribución y asignación de los riesgos en operaciones de compraventa internacional. Es muy común encontrar su inclusión expresa en contratos de esa naturaleza.

5 UCP500, o las Reglas de Costumbre y Práctica Uniforme para los Créditos Documentarios, son la última versión elaborada por la CCI relativa a las operaciones de créditos documentarios. Casi de manera unánime, todas las cartas de crédito hacen referencia a tales reglas.

6 Los Principios son un estudio finalizado en 1994, que establece una serie de reglas aplicables a los contratos comerciales internacionales. En su caso, las partes pueden hacerlos aplicables a una operación específica. Asimismo, pueden ser útiles a modo de “check-list” en la negociación de contratos internacionales. Aunque más inclinados al sistema civil, los Principios también presentan algunos matices de common law. La realidad es que este instrumento ha tenido más efectos académicos que prácticos.

7 El documento fue finalizado por la UNIDROIT en marzo del 2002 y puesto a la disposición de los países miembros para su ratificación. La propuesta de la Convención dispone sobre la constitución y efectos de garantías internacionales sobre ciertas categorías de equipo móvil (como satélites, aviones, trenes) y derechos asociados a los mismos.

8 Misma que ha sido un éxito rotundo. La Ley Modelo ha sido adoptada por un sinnúmero de países, entre ellos México (el Código de Comercio adoptó la Ley prácticamente en los mismos términos).

el término de la lex. Lo anterior, como veremos más adelante, no necesariamente es del todo correcto.

El concepto.

La lex ha sido explorada bajo diferentes formas, y muchas de ellas implican necesariamente un vistazo hacia atrás. Es común encontrar en la doctrina la idea de que, a través de la historia, ha existido una "ley" que gobierna (o gobernaba) las relaciones privadas de los comerciantes internacionales. En épocas medievales es cierto que los propios mercaderes, en algunos lugares, forjaron un conjunto de reglas que la práctica comercial demandaba. Principios generales como la "buena fe" y la "equidad" condujeron a reglas específicas relativas a la distribución de los riesgos asociados con la pérdida o deterioro de los bienes, la transferencia de la propiedad, las obligaciones relativas al pago del flete y seguro de transporte, entre otras.

Estas antiguas reglas y el sistema general agrupaban básicamente las siguientes características: (i) los principales puntos de contacto eran los puertos y ferias abiertas, (ii) los mecanismos para la resolución de disputas eran llevados a cabo en tales lugares y administrados por los propios mercaderes, (iii) las decisiones eran tomadas bajo principios de equidad, (iv) los procesos eran extremadamente ágiles y flexibles, (v) los tribunales compilaban asimismo las reglas aplicables a operaciones transnacionales y, por consiguiente, su aplicación uniforme era relativamente posible en diferentes países⁹.

La lex fue muy importante en Italia y en otras naciones del Mediterráneo. Similarmente, en Inglaterra, es posible obtener referencias suficientes que indican que los abogados ingleses se referían a la lex como algo diferente al common law¹⁰.

Claro que cada país conservaba y aplicaba su propio derecho interno, pero cuando se trataba de disputas comerciales internacionales suscitadas en puntos estratégicos como puertos y ferias, las mismas eran resueltas bajo reglas transnacionales ajenas a un sistema legal doméstico en particular. Las reglas de este antiguo sistema sui generis propulsaron algunas reglas del derecho mercantil moderno. Dentro de las normas que los antiguos mercaderes establecieron mediante el uso y práctica, y que pasaron a formar parte de legislaciones nacionales podemos mencionar, inter alia, que: (i) los acuerdos informales pueden llegar a ser legalmente válidos y obligan a las partes; (ii)

el comprador bona fide de bienes robados es protegido respecto del original propietario cuando tales bienes hayan sido adquiridos en mercados abiertos; (iii) la mera posesión de una letra de cambio otorga el derecho de pago; (iv) el vendedor tiene el derecho a detener el tránsito de los bienes vendidos si el comprador incumple el contrato respectivo; (v) los socios pueden demandarse entre sí.

Los Estados absorbieron algunas de estas reglas y, al paso del tiempo, la antigua lex quedó nacionalizada. El antiguo sistema desapareció, y los asuntos que en algún momento eran tratados de manera expedita bajo normas que surgían de la práctica transnacional quedaron bajo la jurisdicción de tribunales locales. La antigua lex perdió su carácter internacional, su consistente referencia a la costumbre, su administración ad hoc, su informal y ágil aplicación y su énfasis en el concepto medieval de justicia.

Los antecedentes de este antiguo sistema motivaron a algunos autores a revivir la idea de que hoy, en pleno siglo XXI, existe un conjunto de normas que comparten algunas características con las antiguas reglas que operaban en épocas medievales entre los mercaderes internacionales. Tal conjunto de normas es entonces llamado la nueva lex. ¿Existe realmente? ¿De qué normas estamos hablando?

El Término.

Básicamente, la lex puede ser definida ya sea en función de sus fuentes o de su ámbito de aplicación. Schmitthof adopta la segunda postura; la lex significarían todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo por ende convenciones internacionales, usos codificados y no-codificados, instrumentos de soft-law¹¹, laudos internacionales, y aún leyes nacionales cuyo sólo propósito es el regular operaciones comerciales de tipo transnacional. La lex sería entonces sinónimo de derecho comercial transnacional. Por otro lado, Goldman ve a la lex como un conjunto de principios generales y reglas de uso y costumbre elaboradas o referentes al contexto del comercio internacional, que nacen de manera espontánea, y sin referencia a un sistema legal nacional en particular. Compartimos esta última visión, que parece ser mucho más aceptada en la doctrina jurídica de la materia.

Lo anterior va de la mano con las ideas del académico de Oxford Roy Goode, quien afirma que el derecho comercial transnacional es utilizado para describir la totalidad de

⁹ Brand, Ronald. A., "Fundamentals of International Business Transactions" (2001), Kluwer Law International.

¹⁰ JH Baker, "The Law Merchant and the Common Law before 1700" (1979), Cambridge Law Journal.

¹¹ No obligatorios.

principios y reglas, sean de costumbre, convencionales, contractuales o derivadas de cualquier otra fuente, que son comunes a varios sistemas legales; mientras que por su parte la *lex* es utilizado para indicar aquella parte del derecho comercial transnacional que no está codificada, consistente en la costumbre internacional, reglas consuetudinarias de evidencia y proceso y principios generales de derecho comercial, incluyendo política pública internacional¹².

¿Cuáles son las Reglas que integran la *Lex Mercatoria*?

Algunos autores han incluido en la *lex* diversos elementos; Ole Lando, por ejemplo, identifica: (i) derecho internacional público, (ii) leyes modelo, (iii) principios generales del derecho, (iv) reglas de las organizaciones internacionales, (v) usos y/o costumbres no codificados, (vi) formatos estándares de contratos y (vii) laudos arbitrales¹³. Consideramos mucho más correcto y ordenado reducir la susodicha *lex* únicamente a dos componentes: usos y costumbres comerciales internacionales y principios generales del derecho. Descartamos los otros componentes, que vendrían a formar más bien parte del llamado derecho comercial transnacional y no propiamente de la *lex*.

Nuestra definición propuesta de la *lex* sería entonces aquel conjunto de principios jurídicos internacionales y reglas derivadas de la costumbre y uso comercial internacional, aplicables, en su caso, a las operaciones de comercio transnacional.

Es importante mencionar que dentro del proceso de búsqueda de un uso o principio, tanto leyes locales como instrumentos codificados podrán ser útiles. Por ejemplo, podría establecerse un principio a través de una coincidencia entre dos o varios sistemas legales (para lo cual sería necesario utilizar leyes locales a efecto de contraponerlas entre sí y extraer un común denominador a través de métodos de derecho comparado), o un uso o costumbre en una convención o instrumento codificado (la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, refleja costumbre internacional). No obstante, es importante distinguir que el instrumento codificado, para dichos casos, sería más bien una prueba del uso o principio, no el uso o principio per se.

Descubrir usos, costumbres y principios generales es fácil cuando existe consenso. El problema es cuando no lo hay. El tribunal o la corte deberá efectuar una difícil labor que implicaría un complejo análisis y la valoración de evidencia objetiva y adecuada.

Veamos a continuación los elementos esenciales de la costumbre internacional y los principios generales.

Costumbre.

En el caso de *Asylum*, la Corte Internacional de Justicia de La Haya dictaminó que la parte que se apoye en una costumbre debe probar que la misma ha sido establecida de tal manera que es obligatoria entre las partes¹⁴. La resolución de dicho caso refleja algunos de los elementos de la costumbre internacional, aceptados ya por las autoridades y la doctrina, a saber: (i) práctica consistente (o abstención) de un acto, y la continuación de dicha práctica constante por un periodo de tiempo, i.e. inveterata consuetudo; y (ii) concepción de que la práctica es requerida o es consistente con el derecho internacional y el reconocimiento de que dicha práctica es obligatoria, i.e. *opinio juris necessitates*.

En definitiva no es fácil determinar una costumbre internacional, motivo por el cual el derecho internacional público moderno es básicamente un derecho convencional, es decir, de tratados. En el contexto de las relaciones transnacionales de negocios, la misma dificultad salta a la luz.

La costumbre podrá estar o no reflejada en instrumentos escritos, pero es importante resaltar que un instrumento escrito no necesariamente contiene una verdadera costumbre internacional. Muchos instrumentos son elaborados bajo un matiz académico y difícilmente reflejan la práctica comercial prevaleciente. Por ejemplo, los principios aplicables a contratos internacionales de la UNIDROIT están muy lejos de ser costumbre internacional y reflejar práctica efectiva, no obstante se autoproclaman como práctica comercial y además parte de la *lex*¹⁵. De la misma manera, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, aún y habiendo sido ratificada por un sinnúmero de países es, difícilmente, una base confiable para descubrir una costumbre. Esta Convención es un ejemplo de un híbrido jurídico (anglosajón y romá-

12 Roy Goode, "Usage and its Reception in International Commercial Arbitration" (1997), *International Comparative Law Quarterly*.

13 *Idem*.

14 Dice parte de la sentencia: "...los datos presentados a la Corte presentan tantas contradicciones e incertidumbre, tanta fluctuación y discrepancia en el ejercicio del derecho de asilo y en el de los puntos de vista oficiales expresados en diferentes ocasiones; existe tanta inconsistencia respecto de la rápida sucesión de tratados de asilo, ratificados por algunos Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido tan influenciada por consideraciones de eficacia política, que no es posible discernir algún uso constante y uniforme, aceptado como ley".

15 Ver preámbulo de los Principios.

nico) que derivó de un alto esfuerzo diplomático más que de trabajo técnico-jurídico. En cambio, otros instrumentos sí reflejan costumbre efectiva, como es el caso de los INCOTERMS o las reglas UCP500. Estos instrumentos reflejan costumbre internacional porque los mismos fueron elaborados por los comerciantes, mediante la codificación y regulación de una práctica existente. No son, como otros, reflejo de lo que debería ser (*lex ferenda*) en lugar de lo que realmente es (*lex lata*).

Cuando la costumbre internacional es altamente reconocida, o consta en un instrumento escrito de conocida eficacia, los problemas terminan. Pero cuando la costumbre no está codificada, la costumbre tiene entonces que probarse. Labor ardua, pues habrá que ser efectuado un análisis que variará de caso a caso. No hay reglas generales en este respecto. ¿Duración? El tiempo necesario a efecto el uso sea considerado práctica efectiva, mayor para unos casos menor para otros. ¿Alcance? Difícilmente universal, generalmente por referencia a: (i) un puerto, ciudad o región; (ii) un grupo ideológicamente afín; (iii) un sector del comercio en particular¹⁶, o (iv) un sistema legal en particular¹⁷. ¿Generalidad? El acto debe llevarse a cabo por un considerable número de los miembros del círculo correspondiente.

El requisito de que un uso o costumbre comercial debe ser general trae consigo el problema del objetor persistente. En las relaciones comerciales internacionales, un uso comercial, aún generalizado y efectivo, no aplicará a las partes si una de ellas expresa o tácitamente lo ha rechazado. No olvidemos que las relaciones privadas se rigen fundamentalmente, en todo lo que no contraría a leyes de orden público, por la voluntad de las partes, i.e. *pacta sunt servanda*. ¿Aplica el principio de *opinio juris et necessitates*? Como hemos dicho, uno de los elementos de la costumbre internacional es el elemento “psicológico”, o sea, el sentido de que una conducta u abstención es requerida por ley. No obstante, en el comercio internacional, los usos a menudo son actos muy específicos, y en muchos casos, poco claros. En otras ocasiones algunos actos son llevados a cabo por mera cortesía o por otras razones metalegales. Si un individuo no sabía sobre la existencia de una costumbre comercial, ¿cómo se supone que está obligado a seguirla? Un método frecuentemente

utilizado es el analizar si el uso comercial creó legítimas expectativas en la otra parte, o sea, si un comerciante ordinario, bajo las mismas circunstancias, hubiera esperado el mismo acto de haber estado en la relación jurídica. Por ende, se presume que un comerciante está obligado a ejecutar un acto que al menos debió saber (si el derecho aplicable permite la aplicación de usos, claro está), a menos se pruebe que la parte no se adhirió al mismo, expresa o tácitamente.

La determinación de una costumbre internacional, cuando la misma no está sólidamente reconocida, debe desentrañarse mediante la aplicación de métodos diversos, mismos que pueden ser utilizados alternativa o simultáneamente. Entre dichos métodos podemos mencionar, *inter alia*, los siguientes (i) inferir usos de convenciones internacionales, (ii) dictámenes periciales, (iii) jurisprudencia internacional, (iv) análisis de relaciones jurídicas semejantes previas, etc. Pero en todos los casos, es fundamental el analizar las circunstancias específicas de cada caso, a efecto de acudir a los medios de prueba más apropiados; la labor es delicada, pues cuando un método puede servir para un caso concreto, el mismo puede ser totalmente inadecuado para otro.

Principios Generales.

En la literatura es común ver que existen principios generales del derecho ampliamente reconocidos, por ejemplo, que: (i) las partes deben cumplir lo pactado, i.e. *pacta sunt servanda*; (ii) los contratos deben ejecutarse de conformidad con sus términos, (iii) las partes tienen la obligación de negociar los contratos en buena fe y no romper abruptamente y sin justificación dicha negociación, i.e. culpa en contrahendo; (iv) los contratos deben ser cumplidos bajo el principio de buena fe, (v) si circunstancias inesperadas cambian las circunstancias bajo las cuales un contrato fue negociado, las partes, de buena fe, deben renegociar y ajustar los términos del mismo, i.e. *rebus sic stantibus*, (vi) la parte que sufre de un incumplimiento debe tomar las medidas pertinentes a efecto de mitigar sus daños, (vii) no es válido ejercitar un derecho sin beneficio para el titular y con el mero propósito de perjudicar a un tercero, i.e. *abus de droit*; (viii) las relaciones contractuales deben atender a la mayor reciprocidad de intereses, i.e. equidad. Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos

¹⁶ Para ejemplificar los usos comerciales tal vez la mejor área es la bancaria; es reconocido que, en tratándose en cartas de crédito, el tiempo razonable para el examen y revisión de los documentos presentados no debe pasar de unos cuantos días, o que a los bancos sólo les concierne que los documentos estén en orden, y no el examen de la autenticidad de los mismos. Asimismo, existen asociaciones de comerciantes relativas a distintos productos, mismas que por virtud de la práctica han establecido estándares a efecto de corroborar la calidad del producto de que se trate. Dichos estándares son altamente útiles a efecto de determinar la no-conformidad del bien en contratos de compraventa internacional.

¹⁷ Roy Goode, “Usage and its Reception in International Commercial Arbitration” (1997), *International Comparative Law Quarterly*.

comparten principios iguales. Algunos sistemas del common law, por ejemplo, desconoce el principio de buena fe¹⁸, y los de civil law son ajenos a la obligación de mitigación de daños.

Un principio general es precisamente principio e igualmente general porque regula diferentes conjuntos y categorías de actos, en contraposición a un uso o costumbre, que regula un acto concreto. Descubrir ciertos principios generales es relativamente fácil, precisamente porque aquellos son de naturaleza altamente genérica. Normalmente, los principios generales se infieren de un sistema legal a través de un proceso inductivo (yendo de lo particular a lo general), es decir, analizando disposiciones jurídicas concretas con un propósito similar que cabrían dentro de la cobertura del principio de que se trate. Por ejemplo, podríamos decir que un código civil particular contiene un principio de equidad en materia contractual, pues ello se inferiría de los artículos relativos (en caso de que efectivamente existan, como sería el caso de la mayoría de los sistemas de civil law) a la figura de la lesión, nulidades, métodos de interpretación, límites a los pactos de intereses, obligaciones y derechos recíprocos para cada figura contractual, etc.

No obstante y dada su naturaleza, los principios son poco operativos cuando se trata de aplicarlos a situaciones concretas. Por ejemplo, ¿cómo aplicaríamos un principio general para determinar la tasa de interés aplicable ante el silencio de la ley? ¿O a la manera en que se transmite el riesgo? Casi todas las disputas versan sobre este tipo de temas. Lo anterior tampoco significa que los principios carecen de importancia o aplicación práctica; al momento de interpretar una disposición legal, son ciertamente muy útiles.

Aplicación de la Lex o de sus Componentes.

La aplicación como tal de la lex es difícil en un asunto que caiga bajo la jurisdicción de cortes locales. En la mayoría de los países son dos métodos los que se utilizan a propósito de la selección del derecho aplicable en una operación contractual: (i) se permite a las partes pactar válida-

mente un derecho aplicable, bajo ciertos parámetros¹⁹, o (ii) se permite a las partes pactar un derecho aplicable, siempre y cuando el mismo guarde una conexión material con el asunto²⁰. Ante la ausencia de selección del derecho aplicable por las partes, los jueces aplican generalmente un conjunto de reglas conflictuales tales como *lex res sitae*²¹, *locus regit actum*²² y *lex loci executionis*²³.

Podemos ver entonces que las legislaciones permiten a las partes pactar un derecho, y que las reglas conflictuales conducen siempre a la selección asimismo de un derecho, entendiéndose dicho término como un sistema legal nacional y no como una convención internacional o la lex. Bajo Convenciones Internacionales que pretenden armonizar reglas conflictuales, generalmente los métodos utilizados a propósito de la selección del derecho aplicable son similares. La Convención de Roma de 1980 relativa al derecho aplicable en las obligaciones contractuales, por ejemplo, dispone en su artículo 4(1) que ante la ausencia de selección de derecho aplicable, el juez aplicará el derecho del país signatario que guarde la relación más estrecha con el asunto²⁴.

Lo anterior opera evidentemente sin perjuicio de que la ley aplicable permita la aplicación supletoria de usos y costumbres o principios. Algunos códigos comerciales modernos requieren a los jueces la aplicación de usos comerciales al menos en dos maneras: (i) expresamente, disponiendo que los acuerdos de las partes incluyen usos, o (ii) imponiendo obligaciones de buena fe sobre las partes. El Código Uniforme de Comercio de EUA, por ejemplo, dispone en su artículo 2 que los usos comerciales y maneras de comerciar dan significado y complementan o califican los términos de un acuerdo. La Sección 1-203 del mismo Código dispone que cada contrato u obligación bajo el Código impone una obligación de buena fe en su cumplimiento, siendo la buena fe definida como la "honestidad de hecho y la observancia de los estándares comerciales razonables de buen comercio"²⁵. Claro que las cortes generalmente son afines a la recepción de usos comerciales locales y no de tipo transnacional. Ello dependerá de cada jurisdicción local.

18 El extremo es Inglaterra, donde el principio de "buena-fe" es desconocido en su totalidad. El sistema legal inglés contrarresta situaciones de injusticias a través de figuras específicas como el estoppel, el statutory breach y los implied terms.

19 Por ejemplo, que la selección del derecho se haya realizado bajo el cumplimiento de todos los requisitos de existencia y validez, que la aplicación del mismo no vaya en perjuicio de una norma de orden público.

20 En México no aplica este principio de "conexión". Aplica, en cambio, en los Estados Unidos y algunos países europeos.

21 Los bienes se rigen por la ley del lugar donde éstos se ubiquen.

22 La forma de los actos se rige por la ley del lugar donde éstos se celebren.

23 Las obligaciones se rigen por la ley del lugar donde éstas hayan de ejecutarse.

24 Tal vez la excepción a la regla sea la poco utilizada Convención Interamericana del Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, misma que en su artículo 10 dispone que las guías y principios de derecho comercial, así como la costumbre y prácticas aceptadas (componentes de la lex), podrán ser aplicadas por el tribunal a efecto de resolver con justicia y equidad un caso concreto, mismo que demanda la aplicación de tales normas

25 El Código Uniforme de Comercio no es obligatorio, pero muchos códigos estatales de los EUA lo han adoptado.

Por otra parte, si una Convención Internacional es aplicable a una operación transnacional, entonces la costumbre toma un rol mucho más relevante. Lo anterior debido a que una Convención que regule actividades tan dinámicas como lo son las actividades comerciales, es incapaz de prever todos los supuestos. Por ende, una manera de llenar vacíos y lagunas es precisamente a través de referencias a los usos y costumbres internacionales. En este sentido, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías prevé en su artículo 9(1) que “las partes están obligadas a cualquier uso que hayan acordado, y a cualquier práctica establecida entre ellos”. El citado artículo, en su parte (2), dispone que “se considera a las partes, a menos que exista acuerdo en contrario, haber hecho aplicables de manera implícita al contrato o a su formación, los usos que las partes conocían o debieron de haber conocido, altamente reconocidos en el comercio internacional, y regularmente observado por las partes en contratos de ese tipo”. Por lo tanto, la Convención reconoce dos tipos de usos internacionales: (i) aquellos establecidos por las partes en tratos previos, y (ii) aquellos aceptados por la rama específica del comercio²⁶.

Tenemos dos interpretaciones viables del artículo referido con antelación: (i) los usos comerciales son un cuerpo de ley independiente que se desarrolla a través del tiempo, aún si las partes desconocían su existencia, o (ii) es necesario también efectuar un análisis, respecto de si las partes verdaderamente querían o no estar ligados por el uso en cuestión²⁷. Consideramos que la interpretación correcta es que prima facie existe una presunción de que las partes quedan obligadas por aquellos usos reconocidos, a menos que prueben que no querían sujetarse a los mismos. Esta postura sería consistente con el principio de buena fe de la Convención, el principio de opinio juris et necessitates y la autonomía de las partes para contratar y sujetarse a los términos que deseen.

Arbitraje Comercial Internacional y la Lex.

El arbitraje comercial internacional, en su proceso actual, presenta escenarios muy interesantes para la práctica transnacional, pues casi todas las legislaciones en materia de arbitraje se caracterizan por ser muy liberales, incluyendo, inter alia, el tratamiento que se da al choice of law o derecho aplicable. No únicamente pueden seleccionar las partes algún sistema legal que no guarde conexión material alguna respecto de la disputa, sino que además son libres de seleccionar como derecho aplicable tratados internacionales, usos internacionales, principios generales del derecho, conceptos vagos como la lex, combinaciones de derecho internacional con algún sistema legal²⁸, combinaciones de dos sistemas legales²⁹, reglas de derecho comunes a los países que comercian, y demás. Inclusive los árbitros pueden, si así lo acuerdan las partes previamente en la cláusula arbitral, resolver la disputa *ex aequo et bono*, es decir, bajo consideraciones de equidad y justicia lisa y llana.

La Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL dispone en su artículo 6(1) que las partes podrán seleccionar como derecho aplicable cualquier regla de derecho que crean conveniente. Se utiliza el término regla de derecho y no derecho (como lo hacen las reglas conflictuales de las leyes domésticas), para abrir la posibilidad de aplicar normas de todo tipo y no únicamente sistemas legales en particular. El repertorio es amplio, aunque las opciones generalmente se inclinan a sistemas legales concretos o instrumentos codificados, pues los mismos dan más certeza jurídica a las partes.

¿Qué sucede si no existe pacto expreso? La Ley Modelo de Arbitraje establece que si no existiese cláusula especial de choice of law, entonces los árbitros seleccionarían el derecho aplicable utilizando las reglas conflictuales que consideren más apropiadas. Lo mismo disponen las reglas de arbitraje ad-hoc de la UNCITRAL (33(1)) y la Convención de Washington que regula los arbitrajes mixtos (inversio-nista-Estado) del CIADI (28(2)). Es fundamental señalar aquí que los árbitros están obligados a seleccionar un

26 Cuando la Convención de Viena era negociada, los usos constituyeron un tema muy álgido y controversial. Algunos delegados vieron un peligro de dominio occidental al tratamiento del uso. Influenciados por el gran peso dado a las prácticas comerciales por la lex, algunos miembros del UNCITRAL argumentaron que los usos comerciales debían ser reconocidos como un elemento importante del comercio internacional. Esta postura favoreció la inclusión del artículo noveno, misma que fue de gran preocupación para los delegados de las naciones en vía de desarrollo, cuyos mercaderes eran nuevos en el mundo del comercio internacional; ellos vieron que los usos establecidos habían sido forjados sin su participación, y que reflejaban los intereses de las naciones poderosas vis-à-vis los de las naciones pobres.

27 Algunos autores han expuesto que los usos deben ser interpretados mediante referencia a leyes locales; nada más erróneo, pues la necesidad de promover la uniformidad en la interpretación de la Convención plasmada en el artículo 7(1) sería minada si se recurriera a jurisdicciones locales.

28 En el arbitraje de los Contratos de Concesión para la Explotación Petrolera en Libia, se pactó la aplicación del derecho libanés, siempre y cuando el mismo fuera consistente con el Derecho Internacional Público.

29 Tal y como se hizo en el “Channel Tunnel Agreement”, en el que se pactó que aplicaría el derecho francés e inglés en todo lo coincidente.

derecho nacional específico (pues se les indica claramente que seleccionen la “ley” que consideren más apropiada); de no hacerse así, se corre el riesgo de que el juicio arbitral o laudo sea anulado por una corte de la *lex loci arbitri*, o su ejecución sea rechazada posteriormente³⁰, por actuación *ultra vires* del panel arbitral.

Dicho lo anterior, parece evidente que la llamada *lex pierde* su relevancia en ese contexto; cierto, mas no deja de ser importante y de tener aplicación práctica. La misma Ley Modelo de Arbitraje establece en su artículo 28(4) que los árbitros deberán decidir de conformidad con los términos del contrato y que “deberán tomar en cuenta los usos comerciales aplicables a la transacción”. Las reglas de la UNCITRAL disponen que los árbitros deberán de tomar en cuenta los usos comerciales (artículo 33(3)). Asimismo, la mayoría de las reglas institucionales de arbitraje, como las de la CCI o la AAA, incorporan disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 17(2) de las reglas de la CCI dispone que “en todos los casos el Tribunal Arbitral tomará en cuenta los usos del comercio aplicable al contrato”. Casi todas las principales instituciones de arbitraje contienen provisiones similares, excepto por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro de Internacional de Arbitraje de Singapur.

En suma, es válido pactar en los arbitrajes internacionales como derecho aplicable a la disputa la costumbre internacional o los principios generales (aunque sea poco frecuente) pero aún y no se haga tal cosa, la costumbre comercial será supletoria al derecho que finalmente sea elegido, de conformidad con la mayoría de las reglas de arbitraje aplicables.

Conclusiones, *Lex* como Método y no como Cuerpo Sustantivo de Normas Sustantivas.

De lo expuesto hasta ahora, es fácil notar la dificultad que encierra el concepto de la *lex*. Casi todos insisten en ver a

tal *lex* como un cuerpo sustantivo de normas, cuando en realidad la aplicación de las mismas varía caso a caso, dependiendo de las circunstancias y contexto específico de cada situación. Algunos inclusive ven a la *lex* como una verdadera ley en sí misma. Tal afirmación implicaría que los principios de la *lex* están suficientemente identificados, de tal manera que los mismos pueden traducirse al equivalente de un sistema legal funcional en miniatura. Claro que aquél no es el caso.

Los mismos proponentes de la *lex* reconocen sus limitaciones; Goldman afirma que la *lex* no ofrece reglas de uso transnacional para todos los problemas y, que por ende, a veces es necesario recurrir a sistemas jurídicos; por su parte, Lando afirma que la *lex* sigue siendo un cuerpo desfragmentado de normas que nunca alcanzará el nivel organizativo y funcional de un sistema legal. Cabe recordar que el establecimiento y aplicabilidad de un principio general o de un uso comercial dependen de muchos factores, y que no existe tal cosa como principios o usos universales.

La validez del uso de la *lex* o sus componentes es relativa, pues queda necesariamente vinculada a un régimen jurídico nacional; la *lex* no es ni puede ser una ley. Por ello, nos inclinamos a la idea de que la *lex*, más que un conjunto de normas sustantivas, es un método que arroja disposiciones para suplir o regular transacciones internacionales, en la medida y en la manera que la ley aplicable lo permita. Como hemos visto, la aplicación práctica se da a través de la aplicación de principios y usos en diferentes contextos legales. Es importante efectuar una importante labor técnica-jurídica, a efecto de corroborar la existencia de un principio, uso o costumbre, y determinar su aplicabilidad a una operación específica.

La *lex mercatoria* pues, no es ni un mito ni un misterio; como todo concepto jurídico, tan solo requiere de definición teórica y práctica.

³⁰ Bajo la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales, la actuación *ultra-vires* (fuera del mandato) de un árbitro es motivo suficiente para rechazar la ejecución de un laudo arbitral. Tal causal también es razón para que las cortes del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje suspendan el proceso arbitral o declaren como nulo el laudo emitido, situaciones que también, bajo la Convención citada, son motivos para rechazar la ejecución de un laudo arbitral. Cabe señalar sin embargo que lo anterior no aplica en arbitrajes bajo la citada Convención de Washington, instrumento autocontenido que regula también la fase de ejecución.

LOS COSTOS DE UN ARBITRAJE

Dra. Dyalá Jiménez Figueres¹

El costo de la solución de un litigio entre empresas dependerá de la vía que se escoja. Si el litigio se lleva a los tribunales estatales, se puede pensar en los honorarios de los abogados, las tasas judiciales correspondientes según la jurisdicción, el costo del personal interno que la empresa dedica al caso y el tiempo durante el cual la empresa se encuentra sin solución al litigio particular, lo que puede implicar a veces el costo de una mala publicidad o de acceso limitado al crédito o a otros negocios, por ejemplo.

El tiempo es quizá el costo más importante en la mayoría de las jurisdicciones donde no se aplican tasas judiciales. Los honorarios de abogados se acumulan durante los años que dura un caso desde su inicio hasta la decisión final; pero también se acumula la incertidumbre y el peso que puede significar un litigio para el desarrollo comercial de una empresa, sobre todo cuando se trata de un asunto importante para la empresa. En el caso de un litigio internacional, los costos aumentan en cuanto aumentan los abogados implicados en el asunto y los distintos foros que se elijan (si es más de uno) al hacer el forum shopping del caso.

Si se opta por acudir al arbitraje institucional, el costo dependerá de la institución que administre el arbitraje, mientras que si se ha escogido un arbitraje ad hoc el costo dependerá de las reglas que se escojan para su trámite (y sobre quién cae la responsabilidad de decidir los costos). Tratándose de arbitrajes internacionales, cada institución tiene sus propias reglas y es importante conocerlas antes de escoger una de ellas.

Dentro de los costos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante "la Corte") se incluye tres rubros: honorarios de los árbitros, gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la institución. Los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la Corte están regulados por unos 'aranceles' basados en la cuantía del litigio. Los gastos de los árbitros incluyen gastos de viajes, alojamiento y gastos de apoyo secretarial; en todo caso, los gastos de los árbitros deben ser "razonables" y la Secretaría de la Corte mantiene un control de dichos gastos.

Los demás costos, como los honorarios de los abogados o de peritos, no son fijados por la Corte.

Es importante saber que los aranceles de la CCI son regresivos: entre mayor sea la cuantía en litigio, menor proporcionalmente serán los costos del arbitraje. Así, por ejemplo, para un litigio de USD 20 millones con tres árbitros, el costo del arbitraje será aproximadamente un 1,75% de ese valor. Para un litigio de USD 5 millones con un árbitro, el costo del arbitraje será aproximadamente un 2% de ese valor. Mientras tanto, para un litigio de USD 700 000 con un árbitro, el costo del arbitraje será aproximadamente un 5,6% de ese valor².

Es de notar que, hasta la fecha, todos los valores han sido calculados (y cobrados) por la Corte en dólares estadounidenses.

La provisión para gastos del arbitraje y el anticipo

Las partes son quienes asumen el costo de cada caso de arbitraje CCI; es por ello que la provisión para gastos se fija y se cobra a las partes desde el principio del proceso. La provisión es un estimado de cuánto va a costar todo el proceso, pero sólo en relación con los tres rubros mencionados arriba: honorarios de los árbitros, gastos de los árbitros y gastos administrativos de la Corte. La provisión es fijada por la Corte una vez que tiene los elementos necesarios para ello: los montos en litigio y la determinación acerca de cuántos árbitros van a decidir el caso. Estas cuestiones son dilucidadas por lo general una vez que haya expirado el plazo para que la parte demandada envíe su contestación a la demanda. Es entonces cuando se sabe si existe una reconvencción.

La provisión se fija sumando el estimado de los gastos de los árbitros (por ejemplo, se calculan los viajes de la residencia de los árbitros a la sede del arbitraje) con el resultado que dé la aplicación del arancel para los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos, a partir de la cuantía en litigio. En relación con los honorarios de los árbitros, el arancel contiene un mínimo y un máximo y por

¹ Directora para América Latina, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las opiniones expresadas por el autor en el presente artículo no pretenden reflejar, de ninguna manera, ni la posición de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ni la de su Secretaría.

² Los valores anteriores no incluyen la estimación de los gastos de los árbitros.

lo general se aplica el promedio. Los gastos administrativos de la CCI resultan de la aplicación estricta del arancel, con base en la cuantía en litigio, como se ha mencionado. El resultado que obtiene la Corte es muy similar al resultado que pueden obtener los usuarios del arbitraje cuando acuden a la “calculadora de costos” en el sitio web de la Corte. Lo que no se incluye en la calculadora de costos, por no incluirse en los aranceles, naturalmente, es el estimado de los gastos de los árbitros.

La cuantía en litigio muchas veces es fácil de identificar en la demanda y, de ser el caso, en la reconvencción. Cuando no se identifica claramente o cuando no está mencionada del todo, de conformidad con el Reglamento, la Corte guarda discreción para interpretar los indicios que existan en los escritos de las partes. Rara vez las partes cuestionan el cálculo de la Corte; pero cuando lo hacen, la Corte puede revisar sus cálculos y ajustar la provisión como corresponda, generalmente porque las partes han presentado nuevos elementos que esclarecen el tema.

Una vez que la Corte fija la provisión, la Secretaría otorga un plazo que por lo general es de 30 días a las partes para que paguen la provisión. Como es de suponer, para ese momento, en la mayoría de los casos los árbitros están nombrados y los escritos de las partes ya podrían ser transmitidos a los árbitros. Sin embargo, sin fondos, la Secretaría no puede transmitirle a los árbitros los escritos para que comiencen a trabajar en el caso. Con el fin de acelerar el proceso, el Reglamento de la Corte prevé que el Secretario General fije un anticipo de la provisión en cuanto reciba la demanda, antes de que se notifique a la parte demandada. Este anticipo es pagado solamente por la parte demandante, dentro del plazo que tiene la parte demandada para contestar la demanda. De esta manera, una vez los árbitros nombrados, se contará con los fondos suficientes para que los documentos les sean transmitidos y comiencen a trabajar.

La estimación del anticipo que hace el Secretario General deberá ser suficiente para cubrir el trabajo y los gastos del tribunal hasta la elaboración del Acta de Misión. El monto pagado por anticipo de la provisión será deducido de la porción que le corresponda pagar a la parte demandante una vez que se fije la provisión. La parte demandante puede optar por no pagar el anticipo, pero no aprovechará la ventaja que se le da en términos de celeridad.

Los pagos de la provisión y el reajuste

La provisión es pagada en partes iguales por la demandante y la demandada. Si hay más de una parte como demandante o más de una parte como demandada, la porción que le corresponda a cada una de las partes será acordada entre ellas. La Secretaría no se involucra en los arreglos internos de las partes, limitándose a solicitar a cada “lado” la mitad de la provisión.

Existen dos hipótesis que modifican esta regla. La primera es cuando la parte demandada no participa en el proceso o cuando rehusa pagar la parte que le corresponde de la provisión. En este caso, la Secretaría invita a la parte demandante a pagar toda la provisión, substituyendo a la parte demandada en esa obligación. Si la parte demandante no paga la totalidad de la provisión, dentro de los plazos que se otorgan a lo largo del procedimiento, el arbitraje no podrá proseguir y las demandas se considerarán retiradas³. La segunda hipótesis es cuando las demandas de cada parte (principal y reconvenccional) son tan dispares que a una de ellas no le conviene pagar la mitad de la totalidad de la provisión. En este caso, la parte que reclama un monto muy inferior al de la otra puede solicitar que la Corte fije provisiones separadas; es decir, que se fije una provisión para su reclamación y otra distinta para la reclamación de la otra parte. Aunque el monto global vaya a resultar mayor que una provisión conjunta, las partes deberán de pagar solamente el monto correspondiente a su demanda.

Durante el arbitraje los elementos que se usaron para fijar la provisión pueden variar, acarreado con ello una variación en la provisión. Por ejemplo, la cuantía en litigio puede disminuir o aumentar considerablemente; también puede suceder que el arbitraje se torne más complejo de lo previsto, con más audiencias y mayor carga de trabajo por parte de los árbitros. Debido a que la Secretaría recibe copia de todo documento que se tramite en el arbitraje, ésta se mantiene atenta a cualquier variación que pueda afectar el costo del arbitraje. Si los árbitros o las mismas partes no llaman la atención de la Secretaría, ésta de todos modos puede contactar a los árbitros y las partes para indicarles que la Corte podría ser invitada a reconsiderar la provisión. Tras esta indicación, a veces se solicita confirmación de las partes sobre el cambio en el monto del litigio o información de los árbitros sobre sus gastos y el tiempo dedicado al arbitraje. Con esta información, la Secretaría invita a la Corte a reajustar la provisión.

3 Sin perjuicio del derecho a volver a introducir las demandas, según lo establece el artículo 30.4 del Reglamento.

El nuevo monto es comunicado a las partes y los árbitros. Si es mayor que la provisión original, la Secretaría otorga un plazo a las partes para efectuar el pago de lo que corresponde. Si el monto es menor, la Secretaría procede a reembolsar a las partes lo pagado en exceso.

Sea cual sea la provisión o los reajustes durante el proceso, siempre es bueno tener en mente que la determinación final acerca de quién y en qué proporción va a correr con los costos del arbitraje le pertenece a los árbitros. Veremos cómo y en qué momento se determina esto.

Liquidación de costos

Es la Corte quien fija los costos del arbitraje que comprenden los gastos y honorarios de los árbitros así como los gastos administrativos de la CCI. Ella lo hace al final del arbitraje, cuando aprueba el laudo final o cuando toma nota del retiro del caso.

Para hacerlo, la Secretaría le informa de los gastos incurridos por los árbitros durante el proceso. Los gastos son controlados por la Secretaría en todo momento, ya que deben ser "razonables", según el Reglamento. Los parámetros de "razonabilidad" los da una Nota de la Secretaría que se les envía a los árbitros al inicio del proceso⁴.

Para la determinación de los honorarios, la Corte aplica el arancel según la cuantía en litigio y por lo general fija los honorarios de los árbitros en el monto promedio. Sin embargo, tiene la discreción de fijar los honorarios por encima o por debajo del promedio, según las particularidades de cada caso. Para ello, la Secretaría le informa a la Corte sobre el tiempo que han dedicado los árbitros al caso y la complejidad del asunto (cuántas audiencias se llevaron a cabo, cuántas decisiones debió tomar el Tribunal, etc.) y la diligencia de los árbitros en el desarrollo del proceso.

Por último, la Corte fija los gastos administrativos de la CCI, los cuales son determinados en apego al arancel.

Estos tres montos le son comunicados a los árbitros cuando se les notifica que el laudo final ha sido aprobado, ya que el examen del laudo final se hace en la misma sesión que la determinación de los costos del arbitraje. Ese monto debe ser incluido en el laudo final por los árbitros, quienes además van a determinar cuál parte va a pagarlo. Los árbitros deben motivar su decisión acerca de cuál parte debe pagar los costos del arbitraje. En muchos casos, los árbitros deciden que la parte perdedora corre con todos los costos; en otros, que cada parte paga la mitad. Cualquiera que sea la decisión, es una decisión de los árbitros y no de la Corte.

Es importante aclarar que los árbitros deben incluir en el laudo final los honorarios de los abogados y los costos relacionados con los peritos. Los árbitros deben determinar su pago; al igual que con los costos arriba mencionados, los árbitros deben motivar su decisión a este respecto. Estos rubros, sin embargo, no forman parte de lo que fija la Corte.

Cuando las partes deciden retirar el caso antes de que se dicte el laudo final, la Corte tomará nota del retiro del caso y fijará los costos de la misma manera indicada arriba. La Corte fijará el monto dependiendo de la etapa a la cual llegó el arbitraje, en aplicación proporcional de los aranceles.

Como se desprende de estas notas, es aventurado decir que "el arbitraje de la CCI es caro" si no se sabe con qué se está comparando ni a qué caso se está haciendo referencia. El costo del arbitraje dependerá de la cuantía en litigio, del tiempo que tarde el proceso, de la complejidad del asunto, entre otras cosas. Lo que sí se puede resaltar es que el esquema de costos de la CCI permite una previsibilidad difícil de encontrar en otras instituciones, ya que, guardando flexibilidad, el sistema de la CCI funciona sobre la base de aranceles predeterminados.

Para obtener mayor información, visite el sitio web: www.iccarbitration.org.

⁴ Nota de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del 1 de enero de 1993.

LEY MODELO SOBRE CONCILIACION COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA CNUDMI (UNCITRAL). POSIBLE INCORPORACION AL DERECHO MEXICANO¹

Lic. Ignacio Gómez-Palacio²

A mis colegas visionarios
que supieron entender y apoyar la necesidad
conciliatoria y arbitral desde años atrás.
Hoy, muchos nos les unimos.

I. Relevancia de la Conciliación (o Mediación).

Bien se podría empezar esta ponencia, como la Biblia: "En el principio... ", ya que en el principio no había jueces entre los humanos, Dios lo era para las decisiones fundamentales, pero el "día a día" había que negociarlo, mediarlo, conciliarlo³.

Hoy en día, el descrédito generalizado de los poderes judiciales en el mundo entero, esta llevando a la humanidad a tener que recurrir a soluciones alternativas para la solución de controversias. La lentitud, los formalismos, las enormes cargas de trabajo de los jueces, la corrupción, la sobre dosis de recursos y argucias legales, son algunos de los obstáculos que detienen la procuración de una justicia pronta y expedita.

La reacción a nivel mundial ha sido la búsqueda de medios alternativos de solución de conflictos (ADR's por

sus siglas en inglés Alternative Dispute Resolutions), dentro de los cuales destaca en primer término la mediación⁵.

No hace mucho, en el Dispute Resolution Journal, el Dr. Luis Miguel Díaz⁶ echó a volar la imaginación al señalar que para mediados de este siglo, una sociedad negociadora y razonable concluirá el último de los casos judiciales. El expediente se cierra y el poder judicial baja la cortina, para dar paso a centros de conciliación y software que recrea el proceso humano de intuición. Me parece que tal postura no tiene como propósito profetizar, sino llamar la atención a la importancia de una buena solución.

La "necesidad", decía mi padre, "tiene cara de hereje". Aquí la herejía consiste en evitar la solución institucional. El farragoso trámite ante jueces que acarrea un resultado de ganador/perdedor y en ocasiones perdedor/perdedor, a diferencia de una solución creada y consensuada por las partes que busca el resultado ganador-ganador (win-win).

1 Este artículo fue presentado como ponencia en el XXVIII Seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado celebrado el 8-13 de noviembre de 2004 en la ciudad de Pachuca, Hidalgo, México.

2 Consultor de Jáuregui, Navarrete, Nader y Rojas, S.C. Ex Consultor Senior de la ONU. Profesor de la Universidad Iberoamericana (materia: Arbitraje Comercial Internacional). Árbitro comercial nacional e internacional. igp@jnr.com.mx

3 En este artículo se utiliza de manera indistinta las palabras conciliación y mediación (así como conciliador y mediador), lo que en general se refleja en las leyes correspondientes y en la práctica. La propia Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional prevé en su Art. 1, 2) que "... se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente..." Cabe destacar que parte de la doctrina distingue los conceptos en razón de la exigibilidad del acuerdo de las partes, al otorgarle a la conciliación la fuerza de obligar a las partes a su cumplimiento. Tal sería el caso en el que las partes firmaran un convenio transaccional.

4 Esta ponencia se refiere a la Ley Modelo. Se destaca que la negociación y la conciliación son necesidades torales a nivel nacional. Esto es cierto, prácticamente en todas las áreas, por lo que su incorporación en la materia mercantil es bienvenida, entre otras razones por el beneficio cultural que representa. En una etapa de transición democrática como en la que México se encuentra, es fundamental desarrollar la capacidad negociadora y conciliadora en lo político, lo económico y lo social (y así poder manejar conflictos entre los diversos poderes públicos, partidos políticos, etc).

5 Si bien, existen autores que incluyen dentro de los ADR's al arbitraje, la tendencia actual internacional es la de tratar al arbitraje como tema aparte. En México se pueden listar un importante número de institutos, asociaciones y organismos con este propósito. Destacan dentro de ellos: Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Centro de Arbitraje y Mediación Comercial Para las Américas e Instituto Mexicano de la Mediación, A.C..

6 Dispute Resolution Journal, febrero-abril 2001, American Arbitration Association, pp. 24-29.

En la práctica, desde que la mediación surgió (en las décadas de los 70's y 80's en Estados Unidos de América principalmente), ha crecido por una sencilla razón: funciona. Además, deja menos heridas a las partes, a quienes la experiencia los puede llevar al aprendizaje de conductas que eviten la controversia.⁷

Debe enfatizarse que la mediación no es una panacea. Existen casos de demandas exageradas, de posturas radicales y hasta ilegales, que no aceptan más que su particular visión de las cosas. Ante ello, la solución judicial o arbitral en su caso es indispensable. Puede decirse entonces que la mediación es campo para personas razonables y bien intencionadas. No lo es para la intransigencia y la intolerancia. Lo es para quienes se acercan a ella con la actitud de intentar buscar conjuntamente una solución.

Poca duda queda de la importancia de la mediación, que actualmente se utiliza en diversos países como directriz obligada a seguir por los propios jueces antes de iniciar el proceso judicial. Asimismo, ya es materia obligada en muchas escuelas de derecho, al tiempo que institutos y escuelas de mediación se han multiplicado en todo el mundo. El propio Tratado de Libre Comercio de América del Norte lo incluye dentro de los términos de referencia del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas^{8 9}.

Sin intentar entrar en una definición de mediación, simplemente se expresa que es un proceso mediante el cual las partes en conflicto, con la ayuda de una persona independiente e imparcial, intentan llegar a una solución consensuada que de fin al conflicto y sea ejecutable para las partes¹⁰. Es un procedimiento donde la voluntad de las partes juega un elemento toral, desde el principio hasta su conclusión, desde la intención de someterse al proceso conciliatorio, hasta la firma del acuerdo, pasando por la relevante fase de selección del mediador^{11 12}.

Robert M. Nelson lista los siguientes beneficios de la mediación: 1. buena relación costo/beneficio; 2. rapidez del proceso; 3. confidencialidad; 4. evita la pena o vergüenza pública; 5. durabilidad y sustentabilidad del acuerdo; 6. continuidad de relación entre las partes; 7. mayor control de la solución; 8. aceptación de creatividad; 9. de uso amigable; y 10. estimula la posibilidad de mejorar la conducta futura de las partes. El mismo autor señala las críticas, entre las que destacan: 1. mayor riesgo de llegar a una solución injusta (indicando la dificultad de llegar a esta conclusión en razón de la confidencialidad del proceso); 2. imposibilidad de verificar los beneficios reales; y 3. la falta de control de la profesión de mediador¹³.

7 Sobre el incremento del uso e interés de la conciliación en México, ver: Von Wobeser, Claus, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation and its Possible Adoption in Mexico*, ADR & The Law, p.196 (2003).

8 TLC, Art. 2022.4. Al respecto ver: Andersen, Steven K., *NAFTA Mediation and the North American Free Trade Agreement*, *Dispute Resolution Journal*, 57-64 (Mayo 2000) p.60; y Gans, Walter G., *Saving Time and Money in Cross-Border Commercial Disputes*, p.52 *Dispute Resolution Journal*, p. 50 (1997). Sobre el flujo de mercaderías entre los socios del TLC ver: <http://www.ustr.gov/naftareport/intro.htm>; y .

9 La importancia de la mediación también se refleja en el hecho de que en los EUA se ha preparado (por la American Bar Association's Drafting Committees y la National Conference of Commissioners on Uniform States Law), un Código Uniforme de Mediación (Uniform Mediation Act). Este ha sido adoptado por varios estados de la unión americana. La frecuencia del uso de la mediación en los EUA puede consultarse en: <http://www.ilr.cornell.edu/ICR/NEW/execsum.html>

10 La Ley Modelo define a la conciliación como todo procedimiento "... en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia." Art. 1.3).

11 Cabría la discusión de si la actividad que realiza el mediador es una habilidad, una técnica o una ciencia. Lo cierto es que existen reglas inmutables para llevar la conciliación a cabo, como lo es el respeto entre los participantes, evitar lenguaje derogatorio, no interrumpir, etc., etc.

12 Redfern y Hunter recuerdan lo que llaman a una fábula moderna de Esopo (dicha por el Dr. Richard Hill en una conferencia en Londres en diciembre de 1995). "... tras preguntarle cuidadosamente a las partes[respecto a una disputa sobre un embarque de naranjas].... se llegó a una solución amigable al encontrar que una parte necesitaba a las naranjas por su jugo y la otra por sus cáscaras". Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 1999, Tercera Edición, p.33.

13 Nelson Robert M., *Nelson on ADR*, Thomson Carswell, Ottawa, Canada, 2003, pp. 58-60. Como bibliografía general básica sobre la materia se recomienda: Bennet Mark & Hermann Michele, *The Art of Mediation* (1996); del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del TLC (Art.2022), *What is Mediation?*, in *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries 357-369*, Díaz, Luis Miguel y Oretskin Nancy A. eds., 1999; Fisher Roger y Ury William, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (Bruce Patton ed., 1996) y (en español) *Obtenga el Sí: El Arte de Negociar sin Ceder* (De Alba Guerra Gerardo traductor, México 1984); Tracy Karen y Spradlin Anna, *Talking Like a Mediator*, in *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives*, Folger Joseph P. y Jones Tricia S.eds., 1994; y, Douglas y Arn, *Dictionary of Conflict Resolution*, Jossey Bass Publishers, 1999. En general, el *Dispute Resolution Journal* resulta ser una recomendable fuente de referencia.

II.- La Ley Modelo¹⁴.

A. Generalidades.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) en su 35º Período de Sesiones celebrado en Nueva York, USA, del 17 al 28 de junio de 2002, aprobó la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional¹⁵. Se trata de un cuerpo legislativo breve, de apenas 14 artículos en 5 páginas, pero no por ello de importancia menor. Como toda Ley Modelo, reporta el beneficio dual de buscar uniformidad legislativa en los diversos países que la adopten, además de servir como fuente de interpretación de la norma jurídica, cuando el texto del derecho positivo es igual o cercano al de la propia Ley Modelo. Al efecto, resultan de gran utilidad los debates de los grupos de trabajo de UNCITRAL, mismos que se recogen con acuciosidad.

Al aprobar la Ley Modelo, la CNUDMI recomendó a todos los Estados. . . . “la tomen debidamente en cuenta en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias. . . .”, encomendando a la Secretaría, la elaboración de una Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno y de su utilización como instrumento de armonización legislativa.

De inicio, la Ley Modelo aclara que entiende por “conciliación”, procedimientos que se identifican por otros términos como “mediación” u otro de sentido equivalente, por medio del cual las partes solicitan a un tercero o terceros (“conciliador o conciliadores”) asistencia para lograr un arreglo a su conflicto o controversia, derivada de una relación comercial u otro tipo de relación jurídica.

La conciliación no debe confundirse con la “amigable composición”, figura que se refiere al arbitraje “en conciencia”, lo que la identifica como una solución heterocompositiva y no autocompositiva, como es el caso de la mediación¹⁶.

La Ley Modelo indica en su Art.1, inciso 1) que la misma se aplica a la conciliación “internacional”, si bien, en nota a pie de página, indica que cuando los Estados deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación, tanto nacionales como internacionales, podrán suprimir la palabra “internacional” en el párrafo (1) del Artículo 1 y los párrafos 4, 5 y 6 del mismo dispositivo.

Se destaca que la calificación de internacional se basa principalmente en el lugar del establecimiento y a falta de este por alguna de las partes, en su residencia habitual¹⁷.

En el Art. 2 de la Ley se reitera que en su interpretación habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe; asimismo, que las materias que se rijan por la Ley Modelo y que no estén expresamente resueltos en ella se diriman de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

El conciliador debe procurar dar a las partes un trato equitativo, observando siempre buena fe. Las partes podrán excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la Ley¹⁸. Tal liberalidad, es decir, el que las partes puedan excluir o modificar la Ley, hace de la misma un intento de difundir y permear en el mundo la cultura de la negociación y el entendimiento mutuo no coercitivo, ya que si bien pueden encontrarse preceptos en varias leyes cuya obligatoriedad se deja al libre criterio de las partes, el hacerlo con respecto a toda la ley es un caso sui generis.

B. El Procedimiento.

Del procedimiento que señala la Ley Modelo, se destaca:

1. La posibilidad de que el Estado que adopte la Ley, igualmente adopte una disposición relativa a la prescripción, en el sentido de que iniciado el procedimiento de

14 Parte del contenido analítico de la Ley Modelo que aquí se realiza, se deriva de un estudio que de la misma se llevó a cabo conjuntamente por el ilustre decano de los internacionalistas en nuestro país, el Lic. José Luis Siqueiros, el conocido profesor y también internacionalista Dr. Leonel Pereznielo y el autor, en su carácter de Asesores Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; sin embargo, la responsabilidad de las opiniones aquí vertidas es única del autor.

15 El texto final de la Ley Modelo aparece como Anexo 1 al documento A/57/17 (págs. 59 a 64) del Informe de la CNUDMI sobre su 35º período de sesiones. En la nota de pie de página identificada como “a” se señala que debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque todas las cuestiones que se plantean en relación de esa índole, sean o no contractuales.

16 Ver Ley Modelo Art. 1.3) que prevé que el “... conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

17 Id. Art 1. 4) y 5).

18 Ley Modelo, Arts. 3 y 6 párrafo 3).

conciliación deja de correr el plazo de prescripción del asunto materia de la conciliación¹⁹;

2. La obligación del conciliador de revelar en todo momento, cualquier circunstancia que de lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, así como la de darles un tratamiento equitativo²⁰;

3. La facultad que tienen las partes y el propio conciliador, a falta de acuerdo inter-partes de libremente sustanciar el procedimiento, tomando en cuenta las circunstancias especiales del caso, los deseos de las partes y la conveniencia de llegar a un rápido arreglo²¹;

4. La facultad del conciliador de reunirse o comunicarse con las partes conjunta o separadamente, estando facultado para revelar el contenido de la información recibida a la otra parte, salvo petición expresa de confidencialidad²²;

5. La facultad del conciliador de presentar propuestas para un arreglo de controversia; y²³

6. La confidencialidad del procedimiento como regla general a menos que las partes convengan otra cosa, su divulgación este prescrita por ley o sea necesaria para dar cumplimiento o ejecución al acuerdo de las partes²⁴.

7. La posibilidad de que el Estado promulgante incorpore la forma en que el acuerdo vinculatorio al que lleguen las partes sea susceptible de ejecución, identificando el medio o remitiéndose a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad²⁵.

El procedimiento de conciliación da comienzo el día que las partes acuerden iniciarlo. Quien después de hacer la invitación a entablar el procedimiento no reciba aceptación en un plazo de 30 días a partir de su envío u otro plazo fijado por ella, puede considerar como rechazada su oferta de conciliación²⁶.

El conciliador es uno solo, a menos que las partes acuerden que puedan ser dos o más. Las propias partes se ponen de acuerdo para designar al conciliador(es), a menos que hubieran convenido en un procedimiento diferente. A dicho efecto pueden recabar la asistencia de una institución o persona que:

1. Les recomiende personas idóneas, o
2. Que el nombramiento del conciliador sea efectuado directamente por dicha institución o persona, tomando en cuenta la conveniencia de nombrar una persona de nacionalidad distinta de aquella de las partes²⁷.

C. Admisibilidad de las Pruebas en otros Procedimientos.

Dada la relevancia del tema se le trata como subsección aparte, ya que en muchas ocasiones las partes temen entrar a un proceso de mediación, debido al temor de revelar información o hacer declaraciones que posteriormente sean ofrecidas como prueba en procedimientos judiciales o arbitrales. La simple invitación de una parte a entablar un procedimiento de mediación o la sugerencia de un arreglo de la controversia, puede ser ofrecido como prueba en un procedimiento judicial.

19 Id., nota de pie de página "c". En México actualmente, la utilización de la conciliación no interrumpe la prescripción.

20 Id. Arts. 5., 5) y 6, 3).

21 Id. Art. 6., 2).

22 Id. Arts. 7 y 8. Las reuniones individuales con cada una de las partes, se les conoce como "caucuses". Éstas reuniones individuales no deben ser permitidas en el arbitraje o juicio, lo que establece una notable diferencias entre ellos. El informe de la CNUDMI de la Asamblea General en la que se discutió este precepto, señala la preocupación de diversos países en el sentido de que si era apropiado disponer que el conciliador podía revelar a una parte el contenido de la información recibida de otra parte. Se argumentó que la confidencialidad del conciliador constituía el único modo de garantizar la franqueza y la sinceridad en las comunicaciones durante el proceso conciliatorio; sin embargo, se convino en la excepción de dejarle a las partes convenir al respecto. Informe de la CNUDMI, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/57/17).

23 Id. Art. 6., 4). Es relevante destacar la posibilidad que se le da al conciliador de tener una participación activa, al grado de sugerir soluciones, lo que le da a la mediación distancia con el arbitraje y el procedimiento judicial.

24 Id. Art. 9.

25 Id. Art. 14.

26 Id. Art. 4.

27 Id. Art. 5.

La Ley Modelo establece que dichas pruebas o información son en principio confidenciales y no pueden ser reveladas a otros órganos que dirimen procedimientos heterocompositivos. El Art. 10, 1) hace un pormenorizado listado al respecto.

Todas las personas que participen en un procedimiento conciliatorio (incluidos los que participen en su tramitación), quedan obligadas a no hacer valer ni presentar pruebas ni rendir testimonios en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar, en relación con el listado de hechos y evidencias referido en el Art. 10, 1).

Ninguna prueba dejará de serlo por el hecho de que la misma hubiere sido utilizada en un procedimiento conciliatorio²⁸.

D. Terminación y Posible Transacción.

La Ley dispone que el procedimiento de conciliación termina al concertarse un arreglo satisfactorio (transacción) o cuando cualquiera de las partes o el conciliador hacen una declaración en el sentido de que se agotaron infructuosamente los esfuerzos para lograr el avenimiento²⁹; es decir, que al otorgarle a todas ellas tal derecho de terminación, endosa la postura de considerar a la conciliación como un acto volitivo-consensual desde su inicio y durante el procedimiento, hasta antes de la firma y aceptación del acuerdo.

E. Recurso a Procedimientos Arbitrales o Judiciales.

En el caso de que las partes llegaran a celebrar un compromiso expreso para no entablar ("... en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho..."), procedimientos arbitrales o judiciales con relación a una controversia presente o futura, la Ley Modelo prevé que el tribunal arbitral o de justicia esta obligado a respetar dicho compromiso, salvo "... en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan..." Este sería por ejemplo el caso de un embargo precautorio³⁰.

El inicio del procedimiento arbitral o judicial no constituirá renuncia a la conciliación, ni a su terminación³¹.

F. El Conciliador como Árbitro.

Se estima relevante recalcar la postura adoptada por la Ley Modelo en el sentido de no ver con buenos ojos el caso del conciliador que posteriormente actúa como árbitro. En consecuencia, la misma dispone que salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia en la que hubiese intervenido con el primer carácter; tampoco en disputas que surgieran a raíz del mismo contrato o relación jurídica³².

Parecería que este precepto no debería dejarse a la posibilidad del libre criterio de las partes, sin embargo es consistente con la facultad que el Art. 3 le otorga a las partes de excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la Ley.

G. Acuerdo de Transacción.

Si las partes llegan a un acuerdo de transacción, dicho acuerdo será vinculante y ejecutable. El Art. 14 de la Ley Modelo deja a criterio de los Estados que la incorporen el describir el medio o procedimiento de ejecución del acuerdo de transacción y considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.

III. Posible Incorporación al Derecho Mexicano.

Nuestro país se ha distinguido en el foro internacional por su interés en propiciar medios alternativos para la resolución de controversias en el ámbito mercantil. La adopción, casi íntegra, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en el Título Cuarto, Libro Quinto, del Código de Comercio, ha venido a dar un impulso a ese mecanismo, fortalecido por la ju-

28 Id. Art. 10.

29 Id. Art. 11.

30 Id. Art. 13.

31 Id.

32 Id. Art. 12. El informe de la CNUDMI de la Asamblea General en la que se discutió este precepto, señala que en muchos países esto quedaba sometido a normas como los códigos de conducta (Informe de la CNUDMI, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/57/17), p. 28); en México convendría dejar este precepto dentro de la ley que se promulgara al adoptarse la Ley Modelo.

risprudencia mexicana. Destaca también la presencia constante de la delegación mexicana durante décadas de sesiones, misma que ha destacado al ocupar varias veces la presidencia y actualmente la decanía, que nos distingue con la presencia de nuestro ilustre colega el Lic. José Ma. Abascal.

La incorporación de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional a nuestro derecho interno parece adecuada. La experiencia en la materia arbitral ha sido positiva. Además, México contribuiría a dar un paso adelante en el propósito de armonización legislativa de la CNUDMI, de la que forma parte.

La conciliación como un mecanismo autocompositivo y previo al arbitraje o a los tribunales judiciales, tiene una larga tradición en México. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF) de 1932, todavía en vigor, establece en su Art. 272-A que, “una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvenición, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes”.

El mismo dispositivo indica que si asistieran (a la audiencia) las dos partes, el juez los “procederá a procurar la conciliación” que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. Este último propone a las partes alternativas para la solución del litigio. Si los interesados llegan a un convenio (transacción) el juez debe aprobarlo si procede legalmente. Dicho pacto tiene fuerza de cosa juzgada. No obstante, la resolución que dicte el juez en dicha audiencia es apelable en el efecto devolutivo³³.

Si bien es cierto que el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) no contiene disposición alguna en materia de conciliación (o de arbitraje), otras leyes federales en materia mercantil si la contemplan. Tal es el caso de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

La mediación está también regulada por Centros, Cámaras e Institutos, incluyendo el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), y el Instituto Mexicano de la Mediación (IMM).

México tampoco es ajeno al interés y participación en la materia, con organismos administradores extra fronteras, tales como la Cámara de Comercio Internacional, la American Arbitration Association y otras.

La realidad sin embargo, es que hasta ahora nuestro Código de Comercio no contempla en lo comercial, a la conciliación o mediación como un proceso o vía alternativa generalizada para la solución de conflictos, salvo en los casos especiales antes aludidos y como mera posibilidad tratada en uno o dos preceptos. A pesar de que la legislación y la práctica en general lo usan y aceptan (aunque de manera aún casual y limitada), no esta regulada en un cuerpo legal específico para ello que considere y concentre las diversas áreas y temas aquí aludidos.

Cuando el legislador mexicano adoptó en 1993, casi en su totalidad el texto de la Ley Modelo (de la misma CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vez de haberla emitido como una ley separada, la incorporó en el Título Cuarto, Libro Quinto, del Código de Comercio. Aunque hubiera sido preferible seguir el camino de legislar aparte, en las circunstancias actuales resulta conveniente que la Ley Modelo a que alude esta ponencia, se incorpore al Código de Comercio de la misma manera que el arbitraje comercial.

Al modificarse el Código de Comercio para dar cabida al arbitraje, fue necesario reformar también el artículo 1051 del ordenamiento para establecer que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales judiciales o un procedimiento arbitral. Este no sería el caso tratándose de la incorporación de la Ley Modelo aquí estudiada.

A la luz de lo mencionado anteriormente, cabe concluir que la adopción e incorporación de la Ley Modelo acarrearía el doble beneficio de adoptar un procedimiento de enorme beneficio en el área comercial en el país, deseosa de seguridad, rapidez y eficiencia, a la par que estimularía y educaría sobre la relevancia de adoptar en el país (actualmente trabado por la falta de acuerdos), mecanismos ágiles y efectivos de negociación, diálogo y solución de controversias³⁴.

33 Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Art. 272-F.

34 Cabe agregar que cercano en la fecha en que se terminó de escribir este artículo, la Suprema Corte de Justicia emitió una trascendental sentencia en el caso del Amparo en Revisión 759/2003, quejoso: Teléfonos de México, S.A. de C.V. En ella, la Primera Sala resolvió por unanimidad, a favor de la legalidad del Art. 1435 del Código de Comercio, en el que se faculta al Tribunal Arbitral a “dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”. Aunque la materia de esta ponencia es la mediación, es conveniente subrayar el hecho, ya cada vez es mayor y más clara la postura del Poder Judicial Federal, en el sentido de apoyar en general el arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos en México.

SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON JAPÓN

Lic. Daniel Amézquita Díaz

I. Generalidades

El “Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón” (en lo sucesivo “Acuerdo”) fue firmado por el Presidente de la República y el Primer Ministro de Japón el día 17 de septiembre de 2004 en la Ciudad de México.

El referido Acuerdo fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 17 de noviembre de 2004. No obstante lo anterior, a la fecha no ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación.

El antecedente más remoto del Acuerdo internacional que nos ocupa, lo constituye el Convenio de Comercio firmado en Tokio por ambos países el 30 de enero de 1969.

El Acuerdo fue diseñado y negociado con la finalidad de fortalecer, como su nombre lo indica, las relaciones comerciales, pero también los ámbitos de cooperación educativa, científica, tecnológica, ambiental y empresarial entre los Estados partes.

Dos puntos a destacarse son: (i) que se logró que Japón incorporara al tratado sus sectores agrícola, forestal y pesquero; (ii) y que se trata del primer instrumentos de este tipo suscrito por nuestro país con una Nación del continente Asiático.

II. Procedimiento de solución de diferencias

Dividido en 18 capítulos, el Acuerdo de referencia destina el capítulo 15 al mecanismo de solución de controversias entre las partes respecto de la aplicación e interpretación del propio tratado, mismas que serán resueltas mediante procedimiento arbitral y sus reglas procesales previstas en el propio capítulo¹.

No obstante lo anterior, el procedimiento general de solución de controversias aludido, resulta inaplicable para resolver desacuerdos sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, normalización, servicios financieros, competencia, mejora del ambiente de negocios y cooperación

bilateral, donde aplicarán, en su caso, los lineamientos específicos previstos para tal efecto, o bien, los propios a los instrumentos internacionales que regulan dichas materias.

Cualquier plazo previsto en el capítulo en comento podrá ser modificado por consentimiento de las partes, mientras que respecto a los costos del tribunal arbitral, incluyendo el pago de sus árbitros, salvo acuerdo en contrario, serán asumidos en partes iguales por ambas partes.

II.1. Selección del procedimiento de solución de controversias

Ninguna disposición perjudicará los derechos de las partes para recurrir a los procedimientos de solución de controversias disponibles en cualquier otro acuerdo internacional que ellas hubieren suscrito; no obstante, una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias, éste será excluyente de cualquier otro para esa controversia en particular.

Lo anterior no será aplicable si están en disputa derechos u obligaciones sustancialmente separados y distintos conforme a acuerdos internacionales diferentes.

Se considera iniciado un procedimiento de solución de controversias cuando una parte solicite el establecimiento de un tribunal arbitral el cual lo integrarán 3 árbitros, en términos del Acuerdo sobre la OMC cuando una parte solicite el establecimiento de un Grupo Especial de conformidad con el artículo 6° del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias establecido en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC, con sus reformas.

II.2. Consultas

Cualquiera de las partes puede solicitar por escrito la realización de consultas con la otra parte. En éste supuesto, ésta última contará con un plazo de 30 días² contados después de la fecha de recepción de la solicitud, para responderla, con miras a llegar a una solución expedita y satisfactoria del asunto.

1 A menos que las partes dispongan otra cosa, los detalles y procedimientos del tribunal arbitral establecido en el capítulo 15 se seguirán conforme a las Reglas de Procedimiento que serán adoptadas por el Comité Conjunto (establecido conforme al artículo 165 del Acuerdo), dentro del primer año contado a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo.

2 Para efectos del Acuerdo, se entenderá por días, los naturales, incluidos el sábado, domingos y los días festivos.

Tratándose de casos referentes a bienes perecederos, la parte requerida entablará consultas en un plazo de 15 días contados después de la fecha de recepción de la solicitud.

II.3. Establecimiento del tribunal

Cuando la parte reclamante que solicitó consultas, considere que cualquier ventaja resultante para ella directa o indirectamente conforme al Acuerdo se halla anulada o menoscabada a consecuencia de que la demandada no cumplió con sus obligaciones o que aplicó medidas contrarias a sus obligaciones conforme al Acuerdo, podrá solicitar por escrito a la demandada el establecimiento de un tribunal arbitral: (i) en un plazo de 30 días contados después de la fecha de recepción de la solicitud de consultas, si la parte demandada no entabla consultas; o (ii) en un plazo de 60 días contados después de la fecha de recepción de la solicitud de consultas si las partes no logran resolver la controversia en las consultas.

Cualquier solicitud para el establecimiento de un tribunal arbitral deberá identificar los fundamentos de: (i) derecho de la reclamación, incluyendo las disposiciones del Acuerdo que se argumentan han sido violadas y cualquier otra disposición relevante; y (ii) hecho de la reclamación.

El tribunal arbitral se integrará por 3 árbitros.

En un plazo de 30 días contados después de la fecha de recepción de la solicitud para el establecimiento de un tribunal arbitral cada parte designará un árbitro que podrá ser su nacional y propondrá hasta 3 candidatos para actuar como el tercer árbitro quien será el presidente del tribunal arbitral.

La fecha de establecimiento de un tribunal arbitral será la fecha de designación de su presidente.

El tercer árbitro no podrá ser nacional o empleado de cualquiera de las partes, ni tener su residencia habitual en cualquiera de los países parte.

Las partes acordarán y designarán al tercer árbitro en un plazo de 45 días contados después de la fecha de recepción de la solicitud para el establecimiento de un tribunal arbitral, tomando en consideración los candidatos propuestos. Si las partes no designaran a su árbitro o no logran llegar a un acuerdo respecto al tercer árbitro o no lo designan en el plazo de referencia, el árbitro faltante será seleccionado por sorteo dentro de los siguientes 7 días de entre los candidatos propuestos.

En caso de muerte, renuncia o remoción de un árbitro, se deberá designar un sustituto dentro de los siguientes 30 días de conformidad con los procedimientos explicados en líneas anteriores, aplicados respectivamente, mutatis mutandis. En estos supuestos, cualquier plazo aplicable al procedimiento quedará suspendido desde la fecha de la muerte, renuncia o remoción hasta la fecha de designación del sustituto.

El tribunal tomará sus decisiones, incluido su laudo, por mayoría de votos.

II.3.1. Mandato del tribunal

Salvo acuerdo en contrario, en un plazo de 20 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud para el establecimiento del tribunal arbitral, el mandato de éste último será:

“Examinar a la luz de las disposiciones pertinentes de este Acuerdo, el asunto sometido en la solicitud para el establecimiento de un tribunal arbitral conforme a este artículo, decidir acerca de la conformidad de las medidas en cuestión con este Acuerdo, y en caso de que el tribunal arbitral decida que la medida es incompatible con este Acuerdo, emitir recomendaciones de que la Parte demandada ponga la medida en conformidad con este Acuerdo. Al emitir recomendaciones el tribunal arbitral no podrá sugerir la forma en que la Parte demandada podría implementarlas.”

II.4. Confidencialidad

El tribunal se reunirá a puerta cerrada, debiéndose mantener como confidenciales sus deliberaciones, documentos agregados y el laudo preliminar.

Nada impide a una de las partes hacer públicas sus posiciones, pero cada parte considerará confidencial la información facilitada al tribunal arbitral por la otra parte a la que ésta haya atribuido tal carácter.

A petición de una parte, la otra parte proporcionará un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas que pueda hacerse público.

II.5. Laudo

II.5.1. Laudo preliminar

En un plazo de 90 días contados después de la fecha de su establecimiento, el tribunal presentará a las partes su

laudo preliminar, incluyendo una parte descriptiva y sus conclusiones con objeto de que las partes puedan revisar aspectos precisos del mismo.

Cuando el tribunal considere que no puede presentar a las partes su laudo preliminar en el periodo de referencia, podrá extender ese periodo con el consentimiento de las partes, sin que el periodo entre el establecimiento del tribunal y la presentación del laudo preliminar exceda de 150 días.

Las partes podrán hacer observaciones por escrito al tribunal sobre el laudo preliminar en un plazo de 15 días contados después de su presentación.

II.5.2. Laudo definitivo

El tribunal presentará su laudo en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de presentación del laudo preliminar. En el supuesto de que el asunto sea concerniente a bienes perecederos, el tribunal realizará todos los esfuerzos para presentar su laudo a las partes en un plazo de 90 días contados a partir de la fecha de su establecimiento. En ningún caso se podrá presentar el laudo después de 120 días.

El laudo del tribunal será definitivo y obligatorio para las partes.

II.6. Conclusión del procedimiento

En tanto los procedimientos del tribunal están en curso, las partes podrán acordar la conclusión de los procedimientos en cualquier momento mediante el envío de una notificación conjunta al presidente del tribunal.

II.7. Implementación del laudo

La parte demandada cumplirá prontamente con el laudo, debiendo notificar a la parte reclamante el periodo de tiempo para implementarlo dentro de un plazo de 20 días contados después de la fecha de presentación del laudo. Si la parte reclamante considerara que el periodo notificado es inaceptable, podrá someter el asunto a un tribunal arbitral.

Si la parte demandada no cumple con el laudo arbitral dentro del periodo de implementación, podrá entablar consultas con la reclamante a más tardar en la fecha que expire ese periodo con objeto de establecer una compensación mutuamente aceptable.

En caso de no acordarse una compensación satisfactoria dentro de un plazo de 20 días contados después de la

fecha en que expire el periodo para implementar, la parte reclamante podrá notificar a la demandada su intención de suspenderle la aplicación de concesiones u otras obligaciones conforme al Acuerdo.

De considerar la reclamante que las medidas adoptadas por la demandada no cumplen con el laudo dentro del periodo establecido, podrá someter el asunto ante un tribunal arbitral. De confirmar el tribunal arbitral que la parte demandada no cumplió con el laudo dentro del periodo de implementación, la parte reclamante podrá, dentro de 30 días contados después de la fecha de esa confirmación, notificar a la demandada que pretende suspenderle la aplicación de concesiones u otras obligaciones conforme al Acuerdo.

Los tribunales arbitrales que se establezcan para los efectos anteriores, tendrán siempre que sea posible, como árbitros a los árbitros del tribunal arbitral original. Si lo anterior no es posible, entonces los árbitros se designarán conforme al procedimiento antes explicado.

A menos que las partes acuerden otra cosa, éstos tribunales arbitrales presentarán su laudo dentro de un plazo de 30 días contados después de la fecha en que se sometió el asunto. El laudo que se emita será obligatorio para las partes.

II.7.1. Suspensión de aplicación de concesiones u otras obligaciones

La suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones, únicamente podrá implementarse al menos 30 días después de la fecha de notificación.

Dicha suspensión: (i) no podrá realizarse si, con respecto a la disputa a la que se refiere la suspensión están en curso consultas o procedimientos ante un tribunal arbitral; (ii) será temporal y finalizará cuando las partes alcancen una solución mutuamente satisfactoria o cuando se cumpla con el laudo; (iii) se limitará al mismo nivel de anulación o menoscabo que sea atribuible a la falta de cumplimiento con el laudo; y (iv) se limitará al mismo sector o sectores a los que se refiere la anulación o menoscabo, a no ser que no sea práctico o efectivo suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en ese sector o sectores.

Si la demandada considera que la reclamante no ha cumplido con los requisitos anteriores para la suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones conforme al Acuerdo, podrá someter el asunto a un tribunal arbitral.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE REFLEXIONES SOBRE APLICACIONES PRÁCTICAS DEL DEBATE, EN PARTICULAR SOBRE SU UTILIDAD EN MÉXICO

Lic. Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, empieza a percibirse una tendencia tanto en la doctrina como en la práctica arbitral sobre lo que promete ser la teoría más aceptada, a raíz de sus consecuencias prácticas.

El propósito de este estudio es hacer un breve comentario sobre las teorías que a la fecha se han generado, para luego presentar un comentario sobre lo que ello implica para México, terminando con un comentario final.

II. LAS TEORÍAS

La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, existen cuatro teorías sobre la naturaleza del arbitraje: (a) la jurisdiccional; (b) la contractual; (c) la mixta o híbrida; y (d) la autónoma o sui generis. Cada una busca describir cómo el sistema jurídico se relaciona con el mecanismo arbitral. A continuación se resumirá cada postura¹.

A. LA TEORÍA JURISDICCIONAL

Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar y en ocasiones idéntica. Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Lo anterior puesto que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribuna-

les nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.

B. LA TEORÍA CONTRACTUAL

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de la teoría contractual consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos son un "conjunto de actos contractuales privados"².

Siendo el arbitraje un caso particular de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a un sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y alegan que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes³.

C. LA TEORÍA MIXTA O HÍBRIDA

Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como representantes de las partes) fueron objeto de crítica severa⁴. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos⁵. Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. No obstante la (aparente) total oposi-

* Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. Maestría y Doctorado por la Universidad de Chicago. Profesor de Arbitraje, Derecho Mercantil y Competencia Económica.

1 Este resumen es escueto. En caso de desear abundar sobre las teorías, véase González de Cossío, ARBITRAJE, Porrúa, México, D.F., 2004, pgs. 12 et seq.

2 Samuel, JURISDICTION OF PROBLEMS, pgs. 39-44; Bernard L'ARBITRAGE VOLONTAIRE, párrafo 473.

3 Ver, por ejemplo, el caso estadounidense Reily v. Russel, 34 Mo 524,1864, pg. 528; y el caso francés Roses v. Moller et Cie, Corte de Casación, 27 de julio de 1937.

4 Por ejemplo, puede refutarse que la naturaleza contractual del arbitraje es útil para iniciar el procedimiento arbitral; sin embargo, una vez comenzado, las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada y es el tribunal arbitral quien tiene las facultades para tomar decisiones importantes en el procedimiento. No obstante estas reflexiones, la teoría contractual ha sido importante en el desarrollo del arbitraje moderno.

5 Por ejemplo, muchos cuestionan que el arbitraje sea un simple juicio más. Tiene elementos que lo diferencian en forma importante.

ción de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas y así surge la teoría mixta⁶.

De conformidad con esta postura, los árbitros son tomadores de decisiones que realizan una función cuasijudicial pero que carece de poder judicial (estatal) alguno dado que no existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público⁷. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, mas ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida⁸.

D. LA TEORÍA AUTÓNOMA

La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, de carácter autónomo⁹. Sostiene que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no podría ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una "institución mixta".

La teoría autónoma observa al arbitraje per se, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y facilitar la consecución armónica del arbitraje y de las relaciones comerciales internacionales.

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la auto-

nomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales. Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado a satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución.

III. COMENTARIO SOBRE LA APLICABILIDAD PRÁCTICA DE LAS TEORÍAS EN MÉXICO

Si bien las diferencias de opinión sobre la conveniencia de cuál postura adoptar son, no sólo admisibles, sino bienvenidas, debo mencionar que, de las posturas soslayadas, la que menos aceptación tiene es la jurisdiccional. Se considera que es la más superada, además de los argumentos brindados por las demás, por dos verdades importantes: (1) al acudir al arbitraje, las partes buscaron salirse de la judicatura para resolver su controversia; y (2) puesto que lleva a resultados negativos cuando en presencia de ciertos problemas procesales arbitrales¹⁰.

Adoptar una postura jurisdiccional de arbitraje invita soluciones que con facilidad pueden resultar en justamente lo que se deseó evitar: acabar en tribunales. Por lo anterior, cualquiera que sea la postura del lector, invito a que se considere esta situación al aquilatar su preferencia por la teoría que se considera es más acorde con la institución arbitral.

Existe una hebra de la teoría autónoma que deseó tomar para tejer una explicación sobre su impacto práctico, particularmente en el caso de México. A los ojos de quienes postulan una visión realmente internacional del

6 Esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al Institut de Droit International en 1952 en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de todos los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado, y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble.

7 Como fue reconocido en un caso ante la Corte de Justicia Europea (Caso Nordsee v. Reederei, Sentencia del 23 de marzo de 1982) en donde se sostuvo que únicamente las cortes estatales ejercen poder estatal.

8 La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional representa elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. De conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Dicho sistema existe de facto ya que cohabita con la postura jurisdiccional de la Convención de Nueva York y con la contractual bajo derecho francés. Por consiguiente, tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y su lugar y sede.

9 Fue originalmente desarrollada en 1965 por Rubellin-Devichi, L'ARBITRAGE: NATURE JURIDIQUE, pgs. 17-18.

10 Por ejemplo, en el (ahora candente) tema de las demandas anti-arbitraje, conocidas en la jerga arbitral como "anti-suit injunctions", y que se refieren a ordenes emitidas por tribunales nacionales en las que se ordena que el tribunal arbitral deje de conocer de la controversia. Otro tema es la ejecutabilidad de laudos anulados. No abundaré sobre estos por rebasar el propósito de este estudio.

arbitraje (a la que me uno), los criterios y particularidades legales y procesales nacionales¹¹ deben tener poca relevancia, por no decir que deben ser eliminados. Ello obedece, no a un deseo de denostar lo nacional¹², sino a la convicción de que en un medio pluricultural como los son las relaciones jurídicas y comerciales internacionales querer forzar nociones nacionales tendría como resultado, en el mejor de los casos, problemas; y en el peor, la inexistencia de lazos que rebasen una jurisdicción. Si esto sucede, todos perdemos. Desde las épocas de David Ricardo se ha aceptado que el comercio es benéfico para todos quienes lo celebran¹³. Esta verdad, tan frecuentemente pasada por alto por nacionalistas¹⁴, es tan evidente que puede calificarse de axioma. Y para probarlo tan sólo invito al lector a que considere: si no fuera así, ¿por qué incurren voluntariamente en el mismo agentes económicos? ¿Nadie los obliga? Si algo nos enseñan los paradigmas más aceptados es que el comercio internacional ocurre simple y sencillamente por que todos estamos mejor si, quienes tienen una ventaja competitiva en algo, se especializan en ello¹⁵.

Y el arbitraje apoya el comercio internacional. Pero para que funcione, y para que una jurisdicción no se convierta en la oveja negra del rebaño internacional, es importante que tanto la legislación¹⁶ como judicatura no imponga sus concepciones locales a las relaciones mercantiles internacionales. Las concepciones locales tienen una razón de ser local, no internacional. La aldea global¹⁷ tiene un modus operandi distinto. Y debe respetarse. Así lo han hecho judicaturas avanzadas de otras jurisdicciones.

Existen ejemplos extraordinarios de ello. Las decisiones Mitsubishi¹⁸ y Scherk¹⁹ de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos encabezan la lista. En el primer caso, dicho tribunal sostuvo, en resumen, que, no obstante que las controversias sobre competencia económica no podían ser arbitradas, cuando tengan un elemento internacional, sí podrán sujetarse al arbitraje. El motivo por el cual se establece una dicotomía de arbitrabilidad nacional versus internacional esta plasmado en un pasaje que vale la pena transcribir:

“los intereses de la cortesía internacional, el respeto por las habilidades de los tribunales extranjeros e internacionales y la delicadeza del sistema comercial internacional en propiciar predecibilidad en la resolución de controversias requiere que ejecutemos el acuerdo de las partes, aún asumiendo que se hubiera llegado a un resultado contrario en un contexto local.”²⁰

En otro párrafo, la Corte dijo que:

“Para que las instituciones arbitrales internacionales puedan jugar un papel central en el sistema legal internacional, los tribunales nacionales deben deshacerse de su vieja hostilidad hacia el arbitraje así como su habitual y entendible renuencia a ceder competencia sobre una controversia que surja bajo derecho local a un tribunal extranjero o transnacional. Para dicho efecto, será necesario que los tribunales nacionales subordinen las nociones locales de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje comercial.”²¹

En Scherk, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en un pasaje que debería ser labrado en piedra, consideró que:

11 Por “criterios y particularidades legales y procesales nacionales” me refiero a cualquier norma (substantiva o adjetiva) o práctica que no encuentre cabida en los procedimientos de solución de controversias distintos al litigio. Ello sin importar lo arraigada de la misma, o la importancia del bien jurídico tutelado. La única excepción a esta última aseveración es el orden público internacional: pero me refiero al verdadero orden público internacional, no a disposiciones nacionales que no admiten pacto en contrario (imperativas). Correctamente entendido, el orden público (como causal de nulidad o no-reconocimiento contemplada en los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio) no incluye a dichos dispositivos. Se refiere a situaciones más serias. (Al respecto, véase, González de Cossío, ARBITRAJE, pgs. 429 et seq.)

12 A lo cual se le debe respeto, pero que debe aplicarse cuando es aplicable: a lo local.

13 David Ricardo sostenía que si bien el comercio internacional beneficia a todos los que lo realizan, es especialmente benéfico para los países pobres; y los beneficios deben verse desde la perspectiva del consumidor. Esta es la aportación más importante del pensamiento económico del autor más representativo de la Escuela Clásica inglesa.

14 Ya decía Albert Camus “Quiero a mi país demasiado como para ser nacionalista”. En forma relacionada, Albert Einstein calificaba al nacionalismo como el sarampión de la humanidad. Me uno firmemente a esta convicción.

15 Léase, el volumen de abasto y calidad es superior mientras que el precio inferior.

16 México ya ha cumplido este requisito al adoptar como legislación interna a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, y al haber ratificado la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.

17 Pido disculpa por el sustantivo social de moda, que es una traducción de uno aún más de moda: “Global village”. El motivo por el que lo utilizo es que tiene un aspecto positivo: proporciona una noción más internacionalista, y menos endocentrista, de la comunidad internacional.

18 Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (473 U.S. 614, S.Ct. 3346 (1985))

19 Scherk v. Alberto-Culver Co. (417 U.S. 506), 1974.

20 El texto original dice: “concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties's agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context.”

21 El texto original dice: “If international arbitral institutions are to take a central place in the international legal order, national courts will need to “shake off the old judicial hostility to arbitration,” and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal. To this extent, at least, it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration.”

“Una negativa nacionalista²² por las cortes de un país a ejecutar un acuerdo arbitral no solo frustraría estos²³ propósitos, sino que invitarían medidas inimaginables y autodestructivas por las partes para asegurarse ventajas tácticas en litigio ... la peligrosa atmósfera que dicha tierra de nadie legal procuraría con toda probabilidad dañaría el comercio internacional y pondría en peligro el deseo y la habilidad de los hombres de negocios de celebrar acuerdos comerciales internacionales.”²⁴

El razonamiento y la actitud judicial deben ser emulados. Y en cierta medida, ello ya está teniendo lugar. Existen instancias en las que tribunales nacionales han tomado decisiones plausibles al respecto. Por ejemplo, en fechas recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la constitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio²⁵. La decisión ha tenido eco internacional y le ha ganado (o, más bien, reiterado) a México el calificativo de una buena jurisdicción arbitral.

Otro ejemplo lo constituye el tema de la posibilidad de que el árbitro sea considerado como autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo. Si bien es un tema controvertido, la doctrina, práctica y judicatura se inclina a considerar que no lo es ¡y que no lo debe ser!²⁶ Esta tendencia debe ser elevada a jurisprudencia.

Sin embargo, no todo merece aplauso. Existen instancias en las que tanto la judicatura como los practicantes han soslayado conducta que deja mucho que desear. En relación con los practicantes, no es raro observar que ciertas tácticas son seguidas que distan de cumplir con su deber de arbitrar de buena fe el cual la jurisprudencia arbitral ha sostenido que es parte del contenido obligacional de la inclusión de un acuerdo arbitral en un contrato²⁷.

Por su cuenta, la judicatura también ha incurrido en sus tropiezos: en ocasiones afortunadamente siguen siendo excepcionales se observa que órganos judiciales toman pasos que pasan por alto su (cooptado) régimen de facultades en cuanto al arbitraje se refiere²⁸. Dichas instancias pasan por alto una doble verdad que debe tenerse en mente: (1) las facultades de juzgadores mexicanos en materia arbitral son excepcionales²⁹ y (por ende) de interpretación estricta; y (2) las que existen, están diseñadas/orientadas a apoyar al arbitraje, no a entorpecer el mismo.

IV. COMENTARIO FINAL

La hora ha llegado para entender que el arbitraje no es un juicio más. Es una institución sui generis, que encuentra su razón de ser, modus operandi, regulación y orientación en una verdad que rebasa las fronteras: la necesidad de que el derecho sea un instrumento que coadyuve al y no obstaculice el comercio internacional, el cual nos favorece a todos.

La judicatura mexicana tiene una oportunidad valiosa para demostrar que no es nacionalista ni endocentrista, y que entiende tanto la mecánica como los beneficios de ser abiertos a los paradigmas jurídicos internacionales más aceptados. Esta oportunidad consiste en continuar con la tendencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recientemente iniciado, venciendo la tentación de interpretar la regulación y práctica arbitral bajo esquemas meramente nacionales, por más justificado que estos sean en nuestras instituciones y prácticas vernaculares.

El arbitraje à la mexicaine puede y debe tener un sabor nouvelle cuisine, para satisfacer los paladares internacionales más exigentes, so pena de ser rechazado por insípido.

22 Utilizo el término “nacionalista” para traducir “parochial” puesto que la voz “parroquial” tiene en castellano la acepción exclusiva de “perteneciente a una parroquia”. En inglés “parochial” significa, además, local o nacional.

23 El contexto hacía alusión a la necesidad de procurar orden y predecibilidad por ser esenciales para las operaciones comerciales internacionales.

24 El texto de la sentencia dice: “A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. ... the dicey atmosphere of such legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements.”.

25 Amparo en Revisión 759/2003. Para un análisis exhaustivo sobre esta importante decisión, ver el estudio del Dr. José Luis Siqueiros, LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS NO SON OMNIMODAS, NI INCONSTITUCIONALES, PAUTA, 2004.

26 Ver, al respecto, Francisco González de Cossío, EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?, estudio realizado para el Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, “En busca de la Teoría Constitucional a partir de las Resoluciones del Poder Judicial Federal”, 2005.

27 Ver al respecto, González de Cossío, ARBITRAJE, pgs. 144 et seq.

28 Son únicamente siete las instancias en las que un juez mexicano puede inmiscuirse en un procedimiento arbitral son: (1) ejecución del acuerdo arbitral y remisión al arbitraje (artículo 1424 del Código de Comercio); (2) constitución del tribunal arbitral (artículos 1427, 1429 y 1430 del Código de Comercio); (3) medidas precautorias (artículo 1425 del Código de Comercio); (4) revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia (artículo 1438 del Código de Comercio); (5) desahogo de pruebas (artículo 1444 del Código de Comercio); y (6) nulidad del laudo arbitral (artículo 1457 del Código de Comercio) y (7) reconocimiento/ejecución del laudo arbitral (artículos 1461 a 1463 del Código de Comercio).

29 Artículo 1421 del Código de Comercio.

LA COMPETENCIA ARBITRAL EN RELACIÓN CON LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS ESTATALES

Lic. Anne Marie Murle

En varios países el proceso arbitral ha cobrado especial importancia por tratarse de una forma de administración de justicia confiable y ágil.

Resulta entonces de particular interés establecer qué tipo de controversias son susceptibles de ser resueltas por un tribunal de arbitramento.

En Colombia, se contempló la figura del arbitraje a nivel constitucional por primera vez en 1991, pues con anterioridad su reglamentación estaba contenida en la ley.

En efecto, en el artículo 116 de la Constitución de 1991 se estableció:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Posteriormente, en el artículo 13 de la Ley 270 de 1993, Estatutaria de la Administración de Justicia, se hizo mención a la figura en los siguientes términos:

“ARTICULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:”...

“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.” (Subraya ajena al texto)

La limitación de la competencia arbitral a los “asuntos susceptibles de transacción” consagrada en la Ley

Estatutaria de la Administración de Justicia, no aparece en la norma constitucional, pero se identifica con una larga tradición jurisprudencial y con textos legales anteriores. De esta limitación se han derivado complejas discusiones sobre las controversias que pueden ser dirimidas a través de tribunales de arbitramento.

Así, a pesar de que en las normas que rigen el contrato de transacción la única materia que aparece excluida expresamente es el estado civil¹, se ha cuestionado el alcance de la competencia arbitral cuando se trata de controversias derivadas de contratos estatales, que involucran actos administrativos proferidos en relación con tales contratos.

Tiempo atrás la jurisprudencia había reiterado la posibilidad de transigir sobre los efectos económicos de los actos administrativos, de lo cual se dedujo que los Tribunales de Arbitramento podrían pronunciarse válidamente sobre tales efectos económicos.

Es así, que en sentencia del 15 de mayo de 1992 en la que se decidió el recurso de anulación contra un laudo arbitral, el Consejo de Estado sostuvo:

“Así, por ejemplo si la administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquélla (Causal f, art. 61, D 222 de 1983) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice debe pagarle éste, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e) y también establece que el efecto de la misma será el pago por éste de determinada prestación, todo lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral. Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque

¹ El artículo 2473 del Código Civil establece: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”

lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, mas no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse.” (Subraya ajena al texto)².

Sin embargo, posteriormente esta postura fue revaluada por la jurisprudencia³, pues se consideró que admitir la posibilidad de que dos jueces -el arbitral y el contencioso administrativo- se pronunciaran sobre un mismo asunto rompía la continencia de la causa y podría conducir a obtener pronunciamientos divergentes sobre un mismo punto.

Más adelante, en sentencia de fecha 23 de febrero de 2000⁴, el Consejo de Estado consideró además, que resultaría viciada de nulidad absoluta la cláusula compromisoria cuando permitiera “el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado” y precisamente por esta circunstancia, estimó que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos quedaba por fuera de la competencia de los tribunales de arbitramento, debido a que en la Constitución se instituyó la jurisdicción contencioso administrativa para tal efecto.

Es así, que en dicha sentencia el Consejo de Estado, al resolver un recurso de anulación contra un laudo arbitral referente a un contrato estatal celebrado durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, afirmó:

“Fué, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya

protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos.”

Esta postura, según la cual estaba vedado a los tribunales de arbitramento pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos en general, fue acotada en la misma sentencia, en el sentido de excluir del análisis de los árbitros solamente la legalidad y efectos de las decisiones de la administración que involucraran el ejercicio de las potestades excepcionales, por considerar que tales potestades han sido otorgadas para obtener el cumplimiento de los fines del estado y la satisfacción del bien común y constituyen ejercicio del poder público⁵, aspectos sobre los cuales no es admisible transigir.

En efecto, en la sentencia en mención se manifestó:

“Los antecedentes jurisprudenciales y conceptuales antes citados, permiten resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público.”

Y agregó más adelante:

“... por cuanto no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello

2 Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 1992. Expediente número 5326. Naturaleza: Anulación del laudo arbitral. Actor: Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL vs. Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández.

3 Consejo de Estado. Sentencia del 16 de junio de 1997. Expediente No. 10882. Naturaleza: Actor: Cesar Enrique Caicedo. Magistrado Ponente: Juan de Dios Montes Hernández; Expediente número: 7903. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

4 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de febrero de 2000. Radicación número: 16.394. Actor: Consorcio Hispano Alemán. Demandado: Empresa de transporte masivo del Valle de Aburrá Ltda. “EMTVA”.

5 En palabras del Consejo de Estado en la providencia del 23 de febrero de 2000 en citada: “... el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción.”

deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias.”

Adicionalmente puntualizó la Sala, que la sola expedición por parte de la administración de un acto en ejercicio de las facultades excepcionales a ella atribuidas no excluye cualquier decisión arbitral en relación con el contrato de que se trata. Lo que queda descartado es la posibilidad de que el Tribunal de Arbitramento se pronuncie sobre la legalidad y efectos de ese particular acto administrativo⁶.

Posteriormente, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 70⁷ y 71⁸ de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, en la sentencia C-1436 de fecha 25 de agosto de 2000, hizo referencia a los límites de la competencia arbitral.

La demanda de inconstitucionalidad de las citadas normas se fundó en que, a juicio del actor, en ellas no se excluye la posibilidad de que los tribunales de arbitramento se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos, de manera que es posible interpretarlas en el sentido de que autorizan tales pronunciamientos. Esta interpretación, a su juicio, resulta contraria a la Constitución, pues en ella se atribuyó a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el juzgamiento de dichos actos.

La Corte, al decidir la demanda, siguió la misma orientación adoptada hasta entonces por el Consejo de Estado, transcribiendo incluso apartes de la sentencia del 23 de febrero de 2000, a la que se ha hecho referencia antes.

En efecto, la Corte afirmó:

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.”

Más adelante la Corte Constitucional concretó su posición y manifestó que solamente quedan excluidos de la competencia arbitral los actos administrativos proferidos en ejercicio de las facultades consagradas en las “cláusulas exorbitantes”, para concluir finalmente que los tribunales de arbitramento “no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

6“La Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querrelas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.”

7Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

“El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

“La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

“Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.” En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.”

8 Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación.

“En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.”

Es conveniente anotar que tradicionalmente se ha entendido que las cláusulas exorbitantes son la de caducidad y las de terminación, interpretación y modificación unilateral de los contratos, en tanto que los “poderes excepcionales de la administración” abarcan además otras facultades como la de declaratoria de incumplimiento⁹, imposición de multas, etc.

Aunque la Corte no se detiene en tal distinción, de la parte final de la providencia mencionada es posible concluir que su posición no difiere en este aspecto de la del Consejo de Estado antes referida.

Hay un tema sin embargo que resulta tratado en forma contradictoria por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, y es el de la posibilidad de someter al pronunciamiento arbitral una controversia sobre los efectos económicos de un acto administrativo.

En efecto, en la providencia se dijo:

“Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.”

Sin embargo, en forma por demás contradictoria, agregó a continuación:

“Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio.”

Finalmente, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 en los términos siguientes:

“Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y

la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”

Posteriormente, el Consejo de Estado abordó nuevamente el tema de la competencia de los tribunales de arbitramento para conocer de controversias derivadas de contratos estatales, en la sentencia del 8 de junio de 2000¹⁰, en la que decidió un recurso de anulación contra un laudo arbitral referido a un contrato estatal, celebrado cuando ya se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La importancia para el tema que nos ocupa de que se trate de un contrato celebrado en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983 o bajo la Ley 80 de 1993, radica en que mientras que en el primero de tales ordenamientos se incluía un artículo en el que expresamente se establecía que la declaratoria de caducidad y sus efectos no podía ser materia de arbitraje, en la Ley 80 se consagró la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir controversias originadas en contratos estatales y no se excluyó expresamente materia alguna.

Así pues, en la providencia mencionada del 8 de junio de 2000, el Consejo de Estado consideró equivocado concluir que el legislador de 1993 excluyó cualquier limitación a la competencia de los árbitros, sobre todo, en materias atinentes a los actos administrativos contractuales “por cuanto en un Estado de derecho, ningún funcionario público, ni los particulares en ejercicio de función pública, pueden atribuirse competencias no otorgadas de manera expresa por la ley, y es lo cierto que, si bien la ley 80, aparentemente, eliminó las barreras existentes en el decreto 222 de 1983, por parte alguna se refirió expresamente a esta competencia especialísima, dotando a los Tribunales de Arbitramento de la excepcional facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos unilaterales.”

Y agregó que “Por el contrario, el inc. 2° del art. 77 del estatuto contractual prescribe: ‘Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.’” (Negrillas y subraya propias del texto).

Para concluir que “Es obvio que la acción contractual, de

⁹Conviene señalar que actualmente ante la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración no se impone necesariamente la declaratoria de caducidad del contrato.

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 8 de junio de 2000, Número de Radicación: 16973. Actor: Consorcio Amaya Salazar. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, como lo pregona la exigencia legal, sólo se puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con las estrictas reglas de competencia que están previstas en los arts. 128, num. 6, 132, num. 5, 134B, num. 5 y 134D, lit. d) del mismo código.” (Subraya propia del texto).

Agrega, que el inciso 2 del artículo 77 del Código Contencioso Administrativo, antes transcrito “no resulta de un capricho legislativo, sino que es desarrollo indudable del precepto establecido en nuestra Constitución Política en el art. 238, a cuyo imperio la suspensión de los actos administrativos, en sede judicial, ha sido atribuida exclusivamente al juez administrativo.”

Y puntualiza que “no se podría argumentar que los Tribunales de Arbitramento, para el evento del juzgamiento en materias atañedoras a los contratos estatales, son jueces administrativos, porque tal jurisdicción está perfectamente delimitada por la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que señala, con una precisión que aleja toda duda (arts. 34 a 42), los órganos que integran esta jurisdicción (Consejo de Estado, tribunales y jueces administrativos), entre los cuales no se encuentran los Tribunales de Arbitramento.”

Todo lo anterior para concluir que “Fácil es observar cómo razones mayores existen para que no sea posible disponer o transigir respecto de la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para dilucidar sobre legalidad de los actos administrativos; es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; y siendo, pues, un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia.”

De otra parte, resulta curioso que en esta providencia, por la vía de transcribir un párrafo de una jurisprudencia anterior¹¹, se volvió a acoger la tesis de que los tribunales de

arbitramento pueden pronunciarse sobre los efectos de los actos administrativos, cuando esta posición había sido recogida, por considerar, según se mencionó antes, que violaba la continencia de la causa.

Es más, en la providencia del 8 de junio de 2000 no se descartó del todo que los tribunales de arbitramento pudieran avocar el estudio de los actos administrativos, al afirmar que “Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.”

El magistrado Ricardo Hoyos Duque, salvó su voto y se apartó de la decisión mayoritaria pues sostiene que no hay limitación a la competencia de los tribunales de arbitramento que les impida pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos derivados de contratos estatales.

El salvamento de voto del magistrado Hoyos se fundó en los argumentos que se resumen a continuación.

En primer lugar afirmó el magistrado Hoyos que si bien en la Constitución de 1886 no se hacía referencia al arbitramento, de suerte que la figura se encontraba regulada exclusivamente en la ley, en la Constitución de 1991 se incluyó un artículo, el 116, que expresamente se ocupó del tema y del cual, junto con un pronunciamiento que cita de la Corte Suprema de Justicia, se concluye que la función que desempeñan los árbitros es claramente de índole jurisdiccional.

De igual manera, afirmó, ahora con apoyo en una providencia de la Corte Constitucional, que los límites al ejercicio de la función arbitral son los que determine la ley, de forma que si la Ley 80 no excluyó el pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos de la competencia de los árbitros, simplemente tal limitación no existe.

¹¹El párrafo transcrito corresponde a un aparte de la sentencia del 11 de noviembre de 1993, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández, en la que se afirmó: “Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el Juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si puedan ser solucionados por justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o, las relacionadas con aspectos ajenos a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normativa alguna.”

A este respecto, en el salvamento de voto expresó:

“En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la ley 80 de 1993 se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente su campo de aplicación.

“En efecto, el art. 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución o desarrollo, terminación o liquidación.

“Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función. De ahí que la afirmación que se hace en el punto 5.1 de la sentencia de la cual me separo de que “el juez arbitral no pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa” sea inexacta, porque si bien los árbitros por la naturaleza transitoria de su función no se encuentran incorporados a la jurisdicción, cuando actúan no hacen otra cosa que suplir la actividad del juez que en principio estaba llamado a dirimir la controversia y por consiguiente, se sitúan en el mismo plano de éste. Esa es la razón por la cual sus decisiones cuando se refieren a las materias que son propias de la competencia del juez administrativo, son susceptibles del recurso extraordinario de anulación (art. 72 ley 80 de 1993) ante el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo que es (art. 237 ordinal 1º. Constitución Política).” (Negrillas del texto original)

Curiosamente, la posición mayoritaria de la Sala sostiene el argumento inverso, es decir, entiende que si en la Ley 80 no se atribuyó expresamente a los tribunales de arbitramento la facultad de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, esto implica que les está vedado.

De la misma manera, mientras la mayoría de la Sala consideró que la expresa mención que se incluyó en el artículo 91 de la Ley 418 de 1997, en el sentido de que la caducidad decretada por las causales allí previstas no

podría ser objeto de arbitraje, confirma su tesis de la competencia limitada de los tribunales de arbitramento, para el magistrado Hoyos “Esta excepción al arbitramento está en plena consonancia con lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución, en cuanto establece que el cumplimiento de la función de impartir justicia por los particulares cuando están investidos transitoriamente por las partes de la condición de jueces en calidad de árbitros, debe cumplirse en los términos que fije la ley.” (Negrilla del texto original)

Y agregó más adelante: “Al no existir, por lo tanto, un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para definir la legalidad de los actos administrativos, nada se opone a que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas pueda facultar a otra jurisdicción, para el caso a la jurisdicción arbitral, para conocer de la legalidad de los actos administrativos.”

Para finalizar, sostiene el magistrado Hoyos que en vista de la ley permite conciliar sobre los efectos económicos de los actos administrativos de carácter particular, cuando se da alguna causal para su revocación directa¹², se entiende que la materia es transigible y por consiguiente es procedente que de ella se ocupe la justicia arbitral.

Posteriormente, el Consejo de Estado, reiteró la postura mayoritaria mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2001, a través de la cual anuló un laudo arbitral por considerar que el tribunal de arbitramento desbordó su competencia pues “controló implícitamente el acto de liquidación por haber decidido la existencia de incumplimiento administrativo en la liquidación del contrato y por adentrarse en la definición de los efectos económicos del citado; con estas determinaciones rompió la unidad de continencia de la decisión administrativa liquidatoria; vulneró, por falta de competencia, los principios de unidad de jurisdicción y de seguridad jurídica.”

Lo anterior, luego de sostener que “al no haberse incluido en el artículo 70 del Estatuto de Contratación Estatal, dentro de las facultades que pueden someterse al conocimiento de los árbitros, la de pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos en desarrollo de tal proceso contractual, es claro que tal competencia quedó por fuera del conocimiento de la justicia arbitral. En este momento ello no admite duda, por cuanto la Corte Constitucional se pronunció sobre esas normas y declaró su exequibilidad ...”

¹² Artículo 71 de la ley 446 de 1998, incorporado al artículo 57 del decreto 1818 de 1998:

“Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”

Para apuntalar su posición reiteró que “a su vez, el artículo 77 de dicho Estatuto (se refiere al Estatuto de Contratación de la Administración Pública) señaló que contra los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual serán susceptibles sólo del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, el cual señaló como jurisdicción exclusiva para juzgar dichas controversias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Sic).

Y agregó:

“Por su parte el artículo 66 del C. C. A. en armonía con el artículo 238 de la Carta Política, consagra la obligatoriedad de los actos administrativos, mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, colocando a dicha jurisdicción como única guardiana de la legalidad de las decisiones unilaterales de la administración.”

Adicionalmente, en esta providencia se transcribieron apartes de las sentencias del 23 de febrero y del 8 de junio de 2000, a las que se ha hecho mención antes, así como de la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional.

El magistrado Ricardo Hoyos se apartó nuevamente de la decisión mayoritaria con fundamento en los mismos argumentos planteados en el salvamento de voto a la sentencia del 8 de junio de 2000.

Así pues, en su salvamento de voto, el magistrado Hoyos reitera que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 no establece limitación alguna a la competencia arbitral, sino que, por el contrario, hace referencia expresa a la posibilidad de dirimir a través de arbitramento los conflictos derivados de la terminación o liquidación de un contrato, cuando es claro que tales circunstancias pueden obedecer a una decisión unilateral de la administración, esto es a un acto administrativo.

A continuación se transcriben algunos apartes del salvamento de voto, pues en ellos se resume la postura adoptada por el magistrado:

“En efecto, el art. 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución o desarrollo, terminación o liquidación.

“Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que

su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

“Aquí es necesario advertir como la norma permite en forma expresa dentro de los asuntos que las partes pueden someter a la decisión de los árbitros, dos materias en las cuales es posible que la administración pueda ejercer sus potestades de autotutela declarativa a través de actos administrativos.

“En efecto, tanto la terminación como la liquidación pueden ser fruto del acuerdo de voluntades entre las partes, pero una peculiaridad propia de los contratos estatales es que la administración puede terminarlos o liquidarlos en forma unilateral (arts. 14 ordinal 1_ y 61 de la ley 80 de 1993)

“Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto Contractual podría sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no sólo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia capitis diminutia, lo cual implica la división de la continencia de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica”.

Adicionalmente, el magistrado Hoyos señaló que la sentencia C-1436 de la Corte Constitucional genera confusión, pues se refiere en forma contradictoria a la competencia de los árbitros para decidir sobre los efectos patrimoniales derivados de un acto administrativo, como quedó dicho más arriba cuando se hizo referencia a esa providencia.

Posteriormente, en la sentencia del 4 de abril de 2004, el Consejo de Estado se pronunció nuevamente sobre el alcance de la competencia arbitral, al decidir un recurso de anulación de un laudo arbitral.

En esta oportunidad se propuso como causal de anulación del laudo el haber recaído éste sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o “haberse concedido más de lo pedido” pues el recurrente afirmó que los árbitros se pronunciaron sobre la decisión de terminación del contrato adoptada por la entidad contratante, la que consideró un acto administrativo.

El Consejo de Estado, a pesar de que reiteró la postura adoptada por la mayoría de la Sala en las sentencias antes citadas, negó la anulación del laudo pues consideró que la decisión de terminación adoptada por la entidad contratante no correspondió al ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral en los términos que la regula la ley, de manera que no se trató de un acto administrativo, por lo cual el tribunal de arbitramento estaba facultado para avocar su análisis.

Esta postura, aunque pretende seguir la misma línea trazada hasta entonces, otorga claridad al tema en un aspecto muy importante puesto que se hace evidente que los tribunales de arbitramento podrán conocer de controversias derivadas de contratos estatales y aún de las conductas y pronunciamientos de las entidades públicas contratantes, siempre que no se trate de actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales de la administración.

Así, de acuerdo con la sentencia antes reseñada para determinar si un tribunal de arbitramento tiene competencia para pronunciarse sobre cierta decisión de la administración es preciso establecer si corresponde o no al ejercicio de una determinada potestad excepcional, si se ejerció o no dentro de los cauces que establece la ley, es decir si es o no un acto administrativo, aspectos que tendrán que decidir los árbitros para avocar o rechazar el conocimiento del asunto.

De acuerdo con lo anterior, cobra especial relevancia la referencia que hizo el Consejo de Estado en la sentencia de fecha 11 de abril de 2002¹³ al concepto de acto administrativo, cuando afirmó:

“Como lo ha expresado esta Sala¹⁴, para efectos de determinar la posibilidad de impugnación ante el juez contencioso administrativo, debe tenerse en cuenta aquella definición de acto administrativo según la cual éste se presenta cuando el Estado administrador produce una decisión con consecuencias jurídicas, vale decir, que implican cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. No basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una

opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares.

“Por ello, cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo. En efecto, su existencia, en el ámbito indicado, resulta excepcional, y supone, como se ha dicho, el ejercicio de una potestad propia del poder público.” (Subraya ajena al texto)

Posteriormente, en sentencia del 20 de junio de 2002¹⁵ el Consejo de Estado volvió a ocuparse del concepto de acto administrativo, al decidir un recurso de anulación contra un laudo arbitral atacado por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros¹⁶.

En este caso el recurrente consideró que esta causal se configuró “porque el tribunal de arbitramento se pronunció sobre una decisión de la administración que constituye un verdadero acto administrativo, toda vez que las multas impuestas al contratista en el oficio No. 02362 del 18 de febrero de 1998 lo fueron con base en el privilegio o prerrogativa administrativa de sancionarlo y cualquiera sea la forma adoptada, constituye un verdadero acto administrativo sobre el cual los árbitros no tenían competencia para pronunciarse.”

Para determinar si la manifestación de la administración en cuestión revestía el carácter de un acto administrativo, el Consejo de Estado manifestó:

“Lo primero que cabe advertir es que el acto administrativo no tiene una forma sacramental, ya que no importa la que escoja la administración pública para manifestarse, sea una resolución, un oficio, una comunicación, circular o directiva, porque lo determinante será la situación jurídica que cree para el particular, los efectos jurídicos del mismo y su poder decisorio.

“Desde el punto de vista formal se ha entendido por acto administrativo todo acto proveniente de la administración que crea,

12 Artículo 71 de la ley 446 de 1998, incorporado al artículo 57 del decreto 1818 de 1998. “Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”

13 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. Número de Radicación: 1003. Número Interno: 13.548. Actor: Juan Manuel López Hoffmann. Demandado: Departamento de Amazonas. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

14 Sentencia del 8 de junio de 2000, expediente 16.973.

15 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de junio de 2002. Radicación: 11001-03-26-000 2000-0004-01 (19488). Actor Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados S.A.T y CITECO Consultora S.A.

Demandado: Distrito Capital de Bogotá. Ref: Recurso de anulación de laudo arbitral. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

16 Causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

modifica o extingue una situación jurídica subjetiva.”

Adicionalmente, se mencionó como característica de los actos administrativos la presunción de legalidad de donde se deriva su inmediato cumplimiento¹⁷.

Teniendo en cuenta las mencionadas características concluyó la Corporación que “el oficio No. 02362 de 18 de febrero de 1998, enviado por el representante legal de la entidad pública al consorcio contratista no constituye un acto administrativo, en tanto no contiene una decisión unilateral de la administración y no produjo efectos en forma inmediata, presupuestos necesarios para que tuviera esa calidad.”

En vista de que la controversia que dio lugar al proceso arbitral tenía que ver con la imposición de multas por parte de la entidad estatal, el Consejo de Estado hizo en la misma sentencia importantes precisiones sobre el particular.

En efecto, afirmó que, a pesar de que la Ley 80 de 1993 no contempló la imposición de multas entre las prerrogativas excepcionales de las entidades estatales, en virtud del carácter ejecutivo de las decisiones de la administración, ésta “puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo.”

Agregó sin embargo que “si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato.”

Afirmó además que las partes pueden pactar en el contrato un procedimiento para la imposición de multas en el que la verificación del incumplimiento que dé lugar a ellas se desplace al juez o tribunal de arbitramento, de manera que ya no se estaría frente al ejercicio de una potestad unilateral y directa de la administración, pues sería la autoridad judicial la que determinaría si hay lugar a la imposición de multas y en tal caso no habría acto administrativo.

Así pues, el Consejo de Estado, en punto del caso en cuestión, concluyó:

“En estas condiciones, el oficio No. 02362 de 18 de febrero de 1998 que la entidad pública envió al contratista no es un acto de la administración de los que aquella expide en ejercicio de las potestades que le confiere la ley, porque las multas que se hicieron efectivas al recurrente tienen su fuente en una decisión judicial (laudo arbitral), toda vez que en el contrato se estableció un procedimiento que debía seguirse ante los eventuales incumplimientos a las obligaciones contraídas.

“Aquí cabe preguntar, si fue la entidad contratante o si fueron los árbitros los que impusieron las multas. Considera la Sala que en la forma como se convino el procedimiento, la primera lo que hizo fue constatar los hechos que a su juicio configuraban incumplimiento frente a algunas de las obligaciones del contratista y se las puso en conocimiento a éste, y el tribunal de arbitramento actuó como juez del contrato y en ejercicio de esa potestad examinó y verificó con base en los documentos del contrato y el material probatorio que se puso a su disposición, la ocurrencia de las causales de incumplimiento alegadas.”

En vista de que no se trató entonces de juzgar la legalidad de un acto administrativo, la causal de anulación invocada no prosperó.

Conviene en este punto hacer referencia a la aclaración de voto del magistrado Alier Hernández, quien se apartó de la posición de la Sala al afirmar que “sin una competencia legal expresa, las entidades estatales, en principio carecen de potestad para imponer multas al contratista por medio de un acto administrativo unilateral; tal cosa no significa que las multas no puedan pactarse en los términos del derecho privado y del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Pero, lo que no es jurídicamente posible, a mi entender, es que el contrato pueda servir de fuente atributiva de competencia para la expedición de actos administrativos como tampoco para el señalamiento de los procedimientos a que deben sujetarse. Ese tema es del resorte de la ley que no puede suplirse, en estos casos, por la voluntad de las partes.”

Así pues, para el magistrado Hernández, cuando la administración impone una multa, en ejercicio de una facultad contemplada en el contrato, ésta expresión de su voluntad no constituye un acto administrativo, y por consiguiente, en relación con el tema que nos ocupa, sería procedente

¹⁷El magistrado Alier Hernández aclaró su voto en este punto, pues disiente de lo manifestado por la sala en el sentido de que “para la existencia del acto administrativo, además de una decisión unilateral de la administración es necesario que la misma produzca efectos en forma inmediata.” Manifestó el magistrado que “Una cosa es que, del acto administrativo, se predique que es una decisión ejecutoria, cobijada por la presunción de legalidad, que no requiere de pronunciamiento judicial previo para vincular la obediencia del administrado, como lo señala la cita doctrinaria que precede la conclusión que comento, y otra muy distinta que se exija la inmediatez de los efectos.”

que un tribunal de arbitramento avocara competencia para pronunciarse sobre la legalidad de tal decisión.

Así pues, la aclaración de voto del magistrado Alíer Hernández hace presumir que la discusión sobre la naturaleza de la imposición de una multa sigue vigente.

* * * * *

De las providencias antes reseñadas puede concluirse que la postura del Consejo de Estado se ha ido moviendo hacia la ampliación de la competencia de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre controversias derivadas de contratos estatales, al determinar que solamente les está vedado avocar el conocimiento sobre la legalidad de actos administrativos, entendidos éstos exclusivamente como las manifestaciones de la administración emitidas en ejercicio de facultades excepcionales.

Lo anterior desvía ahora la atención hacia la naturaleza de ciertas manifestaciones de la administración, como la imposición de multas o la liquidación unilateral del contrato, pues los tribunales arbitrales podrán manifestarse sobre su legalidad, según se las considere o no actos administrativos.

Pero en relación con el tema de fondo, lo cierto es que si se tienen en cuenta los argumentos que expone en forma clara, reiterada y contundente el magistrado Ricardo Hoyos, es posible advertir que no se ha dicho la última palabra. Ahora bien, aún cuando la tendencia anotada quisiera acentuarse, en el sentido de extender la competencia arbitral a todas las controversias derivadas de contratos estatales sin limitación alguna, se enfrenta con la barrera, en principio infranqueable, de la interpretación de la Corte Constitucional sobre una competencia restringida. Para sortear este obstáculo será necesario tomar una vía bastante imaginativa o el largo y accidentado camino de una reforma legal.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONCILIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

Lic. Roberto Hernández García

Hasta hace algunos años, la única alternativa para dirimir una controversia en un contrato administrativo que se derivase del artículo 134 constitucional o de las leyes que regulaban las adquisiciones, la prestación de servicios, las obras públicas o los servicios relacionados con estas últimas, era el litigio jurisdiccional. Sin embargo los proveedores y contratistas del Estado, usualmente se cuestionaban la conveniencia comercial, e inclusive la posibilidad de tener éxito, al entablar una acción litigiosa en contra del Gobierno Federal, actitud que de ninguna manera favorece la legalidad ni la transparencia de las compras gubernamentales.

A mediados de los años noventas, se comenzó a utilizar en forma incipiente la conciliación como un medio de solución de controversias en este tipo de contratos. En aquella época, ni siquiera estaba contemplada ni mucho menos regulada esta figura en la ley correspondiente (la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas), pero la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, contaba con una unidad especial para procurar que las partes solucionaran sus controversias mediante la participación de dicha dependencia como amigable componedor.

Buenas intenciones en formas gris-oscuras caracterizaban a estos "procedimientos", pues no era del todo clara la forma en que se llevaban a cabo, ni el fin que perseguían: En aquellos "procedimientos", no obstante la buena fe de los servidores públicos de la Secretaría, se vivía un halo de incertidumbre y de "nadie sabemos lo que esto implica".

Fue hasta el año 2000, cuando en las nuevas leyes Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas- y posteriormente con sus respectivos reglamentos, se incluyó la figura de la conciliación como medio de solución de controversias en este tipo de contratos,

regulando expresamente en un ordenamiento jurídico, los principios básicos de su funcionamiento, sencillo en apariencia, pero con múltiples aristas en la vida diaria.

Para efectos de enunciar algunos aspectos prácticos positivos y negativos de este medio de solución de conflictos- exponemos a continuación la mecánica general de un procedimiento conciliatorio de esta naturaleza:

- Los proveedores o contratistas inician el procedimiento presentando una "queja" ante la Secretaría de la Función Pública (La Secretaría), con motivo del incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades. La presentación de la queja y su atención por la Secretaría, no suspende los efectos del contrato o los actos derivados del mismo. No obstante, por acuerdo de las partes se podrá diferir el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de un derecho hasta el resultado de la conciliación.

- Recibida la queja respectiva, la Secretaría señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la queja. La asistencia a la audiencia de conciliación es obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del proveedor traerá como consecuencia el tenerlo por desistido de su queja.

- En la audiencia de conciliación, la Secretaría tomando en cuenta los hechos manifestados en la queja y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

1 Abogado especializado en contratación pública y contratos administrativos; Socio y Director General de Corporación Mexicana de Asesores en Derecho, S.C., Coordinador del Comité de Contratación Pública de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; Vice-Chair del Subcomité de Government Procurement (M4) de la International Bar Association y Representante de esta última asociación ante la UNCITRAL para la revisión de la Ley Modelo de Contratación Pública. / Las opiniones del autor las hace en forma personal y de ninguna forma deben relacionarse o vincularse con las referidas instituciones.

- En caso de que sea necesario, la audiencia se podrá realizar en varias sesiones. Para ello, La Secretaría señalará los días y horas para que tengan verificativo. En todo caso, el procedimiento de conciliación deberá agotarse en un plazo no mayor de sesenta días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya celebrado la primera sesión.
- De toda diligencia deberá levantarse acta circunstanciada, en la que consten los resultados de las actuaciones.
- El procedimiento concluye con: I. La celebración del convenio respectivo; II. La determinación de cualquiera de las partes de no conciliar, o, III. De sustitimiento de la quejosa.
- En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. En caso contrario, quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer ante los tribunales federales

El procedimiento parece sencillo, pero no lo es. Desde su inicio la propia Ley generó situaciones complicadas, que no ayudan precisamente al espíritu y objetivos de una conciliación. Por ejemplo la denominación del escrito de inicio de conciliación se denomina "queja", término este idéntico al escrito o acción mediante la cual un particular solicita se inicie una investigación para fincar responsabilidades a los servidores públicos por indebida actuación, situación esta que en muchas ocasiones provoca la molestia de los funcionarios, y genera que la conciliación inicie con una franca posición de antagonismo que no coadyuva a la solución amigable entre las partes.

El propio término "queja", provoca en muchas ocasiones que los contratistas y proveedores manifiesten sus desacuerdos personales o institucionales con los servidores públicos, y no que se planteen las diferencias contractuales con el propósito de que la Secretaría de la Función Pública procure la conciliación, y como respuesta de ello, los funcionarios públicos, contestan la "queja" presentando toda clase de defensas, excepciones y pruebas, como si se tratase de un litigio en ciernes.

Lo anterior nos indica que independientemente de lo bueno que la figura pudiese resultar en teoría, la falta de comprensión por parte de los interesados, de lo que la conciliación constituye, definitivamente merma las posibilidades de una solución de los conflictos, que en un esquema como el de las conciliaciones, indudablemente comienza por la actitud con la que las partes inician el proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, un aspecto de fondo que afecta la posibilidad de solucionar una controversia mediante este esquema, es la naturaleza y regulación de los contratos que son sometidos a conciliación. Lo anterior en virtud de que:

- a) La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público así como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, son de orden público y cualquier disposición contenida en los contratos previstos en dichas leyes, que contravenga a estas últimas, es nula;
- b) El principio de legalidad, que establece que todo acto de los órganos del Estado debe fundarse y motivarse en el Derecho aplicable

Lo anterior genera que los servidores públicos involucrados en un procedimiento de esta naturaleza no tengan la plena libertad de llegar a acuerdos que no cumplan con los incisos anteriores, so pena de incurrir en responsabilidades administrativas, civiles e inclusive penales, situación esta que es legalmente correcta, pero que en muchos casos los funcionarios públicos presentan como justificación infundada provocada por el miedo de tomar una decisión incorrecta, o bien por la falta de voluntad de llegar a una solución conciliada.

Por si no bastase lo anterior, en muchas ocasiones, el conflicto se basa en diferentes interpretaciones contractuales sostenidas por las partes, aspecto sobre el cual la Secretaría de la Función Pública no tiene facultades para intervenir (pues se limitan a la interpretación administrativa de la Ley), y que tiene que resolverse por un tribunal jurisdiccional o arbitral, según se haya pactado. En este sentido, los conciliadores se limitarán a formular planteamientos que si bien pueden ser orientadores, no garantizan una solución si las partes lo estiman poco conveniente.

Todo lo anterior, implica la necesidad de que el procedimiento conciliatorio se fortalezca para la solución de controversias derivadas de estos contratos, mediante las siguientes acciones:

- a) Es necesario una concientización mayor para servidores públicos, contratistas y proveedores, de la naturaleza, fin y propósito de la conciliación. Lograr que estos actores, desvinculen a este procedimiento con una medida prelitigiosa o cuasi-litigiosa, permitirá una mayor posibilidad de éxito. Lamentablemente con el hecho de que una sola parte no tenga esta idea, basta para que la conciliación pueda estar destinada al fracaso.

b) Es necesaria una mayor capacitación de los conciliadores. En la práctica, he tenido la oportunidad de contar con grandes conciliadores y otros de paupérrima actitud. De los primeros baste decir que saben lo que están haciendo y ello es el mejor elogio, mientras que los otros, tienen nula voluntad y capacidades para esta función social. Algunos se consideran defensores de la entidad o de la dependencia, cuestionando al contratista o proveedor en forma permanente y olvidando que son terceros que deben mantenerse en la imparcialidad absoluta. Otros pecan de excesivamente imparciales y se consideran, e inclusive declaran como “testigos” y “levanta actas” de las conversaciones conciliatorias.

c) En muchas conciliaciones, se requieren opiniones técnicas o normativas para procurar la solución. Si bien se acuden a ellas en algunas ocasiones para facilitar la conciliación, también es necesario que estos terceros (autoridades o expertos) conozcan con amplitud la naturaleza del procedimiento para procurar la solución deseada, y con ello favorecer las soluciones, y no obstaculizar las mismas.

Si bien en la práctica existen conflictos sumamente complicados que se han resuelto por esta vía, y en casos absurdos e ínfimos no se ha tenido el mismo resultado, no es posible afirmar que el esquema ha resultado o no exitoso. Desde el punto de vista del autor, es parte de la evolución de una figura, que tiene se va puliendo con el tiempo, con los aciertos y con los errores.

Las estadísticas de la Coordinación de Conciliaciones de la Secretaría de la Función Pública demuestran un importante incremento de asuntos resueltos por la vía conciliatoria, lo que implica su evolución y crecimiento. Sin embargo, es necesario seguir trabajando en la figura y su aplicación práctica, pues de ello depende que mayores asuntos se resuelvan en forma amigable sin acudir a litigios innecesarios, que mermen la relación existente entre las partes.

Algunas de las cuestionamientos que podrían hacerse para revisar este procedimiento son:

- ¿en qué medida podría solicitarse que particulares expertos mediadores pudieran ser nombrados entre las partes para procurar una solución, independientemente de la función que realiza el Estado a través de la Secretaría de la Función Pública?
- Sin perjuicio de lo anterior, ¿de qué forma los particulares podrían procurar una mayor capacitación e inducción a la conciliación en esta materia, utilizando los principios básicos elaborados por organizaciones como la ICC?

En la medida que los particulares coadyuven con el Estado para que este tipo de mecanismos se implementen con mayor fuerza, se reducirán los recursos humanos, técnicos y económicos empleados para la solución de este tipo de disputas, en beneficio de todas las partes.

THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION AND ITS POSSIBLE ADOPTION IN MEXICO

Dr. Claus von Wobeser*

On June 24, 2002, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) approved the Model Law on International Commercial Conciliation. The comments to such Law recognize *“the value of conciliation or mediation as a method of amicably settling disputes arising in the context of international commercial relations.”*¹

A model law is nothing more than a draft law for individual countries to incorporate into their internal law. The more countries that incorporate the legal regime of such model into their internal law, the more likely that a harmonious international trade can be achieved. As is usual in UNCITRAL drafts, this Model Law was prepared with the participation of representative legal experts from countries with diverse legal systems. They contributed their points of view in order to design a Model Law that could be proposed to all member countries of the United Nations.

UNCITRAL has accumulated an expertise in drafting model laws. Another four model laws have been developed under its auspices and they have been incorporated into the internal law of many countries. Among those is the Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 which has to date been adopted by 37 countries.

For purposes of this new Model Law on International Commercial Conciliation, *“conciliation means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.”*²

Conciliation has been a means of resolving conflicts in Mexican society from time immemorial. Although not

implemented in a form as structured and technical as has been developed in some countries recently, the figure of conciliator has been present in Mexican culture for resolving very different kinds of conflicts, such as conflicts within the family, over inheritance, in the neighborhood, etc.

Conciliation has been promoted even more since access to justice through the legal system in Mexico is often impractical and expensive, in addition to the long duration of any such legal proceeding.

All this has led to the reality that in practice many Mexicans naturally look to other forms of resolving conflicts such as conciliation and consider the judicial courts as a last resort³.

In the middle of the twentieth century, different conciliation mechanisms began to be incorporated into the Mexican legal system. An example of this is the phase of conciliation in the divorce by mutual consent procedure, which many of our state civil procedure codes have adopted. The Conciliation and Arbitration Courts in Labor Matters also emerged and conciliation was promoted in other forums such as by the Consumer Protection Agency and the National Commission of Medical Arbitration. However, these conciliation mechanisms have not been so effective largely due to the lack of adequate technical preparation of those who have acted as conciliators.

With regard to conflicts among Mexican companies, conciliation has been used little in their resolution. However, its use is beginning to be more common and I know of several recent very important disputes that have been resolved by conciliation⁴. In my opinion, considering there is a natural tendency to avoid resolving conflicts within the formal legal structure, conciliation could really catch on in our society for resolving commercial conflicts.

*Claus von Wobeser is President of the Mexican Bar Association (Barra Mexicana, Colegio de Abogados) and managing partner of the law firm Von Wobeser y Sierra in Mexico City.

1.- Report of UNCITRAL on its thirty-fifth session 17-26 June 2002. Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation; D. Adoption of the UNICTRAL

2.- Model Law on International Commercial Conciliation.

2.- Model Law article 1-3.

3.- See Leonel Pereznieta-Castro, Mediation in Mexico, WILLAMETTE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND DISPUTE RESOLUTION, Willamette University College of Law, Volume 10, at. 117 (2000).

4.- See Eduardo Siqueiros, Antecedentes de Mecanismos Alternos de Resolución de Controversias, Volume 33, CAMECI, Mexico, at 3 (July 2001).

In the last few years several institutions have been disseminating conciliation in Mexico. The Mexican Mediation Institute (Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.), founded in 1999 by a group of prestigious firms in our country, has promoted the method most systematically and strategically. This institute has its own conciliation rules and is at the vanguard in Mexico in the area of conciliation. It is under its auspices that some of the most important recent conflicts to which I referred above have been resolved.

If conciliation is attractive in Mexico at the domestic level, it is even more so at the international level, since Mexico began opening its borders commercially more than a decade ago which has generated an enormous commercial exchange. The various free trade treaties that Mexico has signed with the United States, Canada, the European Union and around 13 other countries has strengthened this exchange even more. The disputes that arise between Mexican companies and companies from different cultures and mentalities will only increase the necessity of third party intervention to facilitate understanding and promote the transaction, both jobs of the mediators⁵.

I would like now to mention some points that should be taken into account with regard to Mexico during the discussion of the adoption of this Model Law in our country. In UNCITRAL the Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation is being finalized. This document will provide valuable criteria for a better incorporation of the Model Law into the internal Mexican legislation.

Although the title of this new Model Law makes reference to international conciliation, in fact it is an effort to *"promote the use of conciliation both internationally and domestically and to strengthen the enforcement of settlement agreements"*⁶. In fact the Model Law itself provides that its article 1-1) can be amended in order not to limit the application of the Law to international conflicts, thereby extending it to domestic disputes. This possibility should be considered in Mexico since there is no general system for regulating domestic conciliation proceedings.

Taking into consideration the codified legal system in Mexico, it would be very helpful to promote and assimilate

conciliation, incorporating it formally into our codes, specifically the Commerce Code. Since Mexican lawyers constantly refer to our codes, anything contained therein will be disseminated more rapidly. That is what happened in 1993 with the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and that reform has resulted in Mexican judges and lawyers having a greater familiarization with and assimilation of arbitration.

First it should be taken into account that according to article 1-1) of the Model Law, it would apply to commercial conciliation proceedings. According to the Mexican Constitution, the Congress of the Union has the power to legislate in the area of commerce⁷ while civil matters are reserved to the States of the Federation. Therefore, if it is decided to adopt this Model Law whether or not incorporated into the Commerce Code it would be logical to consider it a commercial law and therefore the Congress of the Union would have to approve it. If it is decided that this legislation will also apply to civil matters, in principle it would be necessary to submit it to the approval of the Congress of each of the States of the Mexican Republic.

The Civil Codes of the States regulate the settlement agreement, considering it as an agreement *in which the parties making reciprocal concessions terminate a present conflict or prevent a future one*⁸. It could be erroneously deduced that if through the Model Law the purpose is to reach a settlement and this in fact is expressly stated in its articles, then the Model Law could be considered to apply to the civil area and therefore is reserved to the states of the Federation. This is completely incorrect since the procedure through which the settlement is reached must be distinguished from the settlement itself. The former is the object of the Model Law not the settlement per se.

It should also be taken into account that upon incorporating this Model Law into Mexican legislation, all conciliatory commercial proceedings that take place in Mexico would automatically be governed by it as long as the parties do not indicate otherwise. The exception stated in the Model Law is when a judge or arbitrator, in the course of a judicial or arbitral proceeding, tries to facilitate the reaching of an agreement between the parties⁹. It would have to be analyzed whether or not another general exception should be added in Mexico so that this new law

5.- See Steven K. Andersen, Mediation and the North American Free Trade Agreement, ADR & THE LAW, Volume 25, at 378-391 (2000).

6.- Report of UNCITRAL on its thirty-fifth session 17-26 June 2002. III. Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation; A. General remarks, § 13.

7.- Art. 73 sec. X.

8.- Civil Code for the Federal District art. 2944.

9.- Model Law art. 1-9.

would not apply to all those conciliation procedures regulated by special laws, such as the Consumer Protection Law and the Law for the Protection and Defense of Users of Financial Services. Another possibility is that the new law only be applied in a supplementary manner to fill in the gaps in those other laws.

Another question that would have to be analyzed is the effect of incorporating the Model Law with its own interpretation criteria as set forth in article 2-1 which establishes that “in the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith”. This criteria seems to me to be very relevant, particularly with regard to international conciliations. What would have to be analyzed is that if this Model Law were incorporated into some of our Mexican codes, those codes have their own rules of interpretation and therefore a means would have to be found to accommodate the two criteria.

Those who worked on the draft of this Model Law concluded that it was not advisable to propose an exhaustive Law that regulated every detail of the conciliation procedure, but rather one that set forth certain guidelines giving a high degree of autonomy to the will of the parties. The Model Law also contains a provision by which the parties

in a conflict “are free to agree to exclude the applicability of this Law.”¹⁰ It is the so-called optingout solution. Therefore, the Law would not be applicable only if the parties agree not to apply it. Similarly the parties in a conflict could decide to exclude only specific parts of the Model Law.¹¹

Article 6-1 of the Model Law indicates that “the parties are free to agree, by reference to a set of rules or otherwise, on the manner in which the conciliation is to be conducted”. In these cases the provisions of such rules would prevail over those contained in the Model Law.

It will be necessary to make an exhaustive study of the best way to incorporate the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation into internal Mexican legislation. At this point I believe that there is no serious obstacle to its adoption. Any amendment that is considered would have to be analyzed very carefully, looking at all the consequences. An unmeasured attempt to innovate could result in an erroneous or dysfunctional regulation and could harm such a notable effort to achieve international legal harmonization. Mexico's incorporation of this Model Law would be an important advance in the modernization of dispute resolution in our country.

10.- Id. art. 1-7.

11.- Id. See art. 3.