



Medios de solución de controversias

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

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Ing. Ricardo González Sada
Lic. Juan Luis Prieto Jaqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí


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 . Su distribución es exclusivamente para socios activos de .

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 .

Título de la publicación: «  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

2 Carta del Presidente

3 Introducción a los Dispute Boards.
Lic. Cecilia Quintanilla Madero.

9 Convenios Internacionales de Seguridad Social y Solución de Diferencias.
Lic. Daniel Amézquita Díaz

12 Panel de Adjudicación de Desavenencias. "Una Retrospectiva"
Dr. Herfried Wöss

21 Las Reglas CCI sobre Dispute Boards.
Lic. Rodrigo Zamora Etcharen

30 Kompetenz Kompetenz a la mexicana. Crónica de una muerte anunciada.
Dr. Francisco González de Cossío.

41 Reconocimiento y Ejecución de laudos Extranjeros, observaciones a la Tesis CXIX/2005 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Dr. Leonel Pereznieta Castro.

44 La participación de contadores en el arbitraje.
Dr. Francisco González de Cossío

48 Homologación de sentencias, laudos y/o sentencias arbitrales.
Lic. Carlos Portilla Robertson.

55 Arbitrajes paralelos.
Dr. Luiz Olavo Baptista

57 Aplicación de los principios de oralidad y formalidad escrita durante el procedimiento arbitral. ¿hacia un sistema híbrido?.
Dr. Felipe Ossa

61 La Remisión de las Partes al Arbitraje.
Dr. Leonel Pereznieta Castro

65 Comentarios sobre la recepción de pruebas en el arbitraje Internacional.
Dr. Nicolás Gamboa Morales

74 Facultades de los Tribunales Arbitrales ("método, práctica y límites").
Dr. Carlos Ignacio Suárez Anzorena

78 Medidas provisionales ex parte.
Lic. José María Abascal Zamora

86 Algunos comentarios sobre las ventajas y desventajas de los diferentes medios de solución de controversias en los contratos administrativos.
Lic. Roberto Hernández García.

90 Competencia para decidir sobre la nulidad del acuerdo de arbitraje cuando una parte demanda su nulidad ante la autoridad judicial.
Lic. Rodrigo Zamora Etcharren

92 La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje Internacional.
Dr. José Luis Siqueiros

Estimados Socio y Amigos:

El pasado 30 de marzo, tuve el honor de ser elegido presidente de ICC México. Coincidentemente, hoy, tengo también el honor de presentar a usted el boletín informativo PAUTA número 50, y compartir el desarrollo de esta revista, que ha ido colocándose en un lugar privilegiado en el gusto de nuestros socios, quienes han encontrado una fuente de conocimientos especializados en diferentes áreas del comercio internacional.

PAUTA 50, ha sido elaborada por los integrantes de la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional de ICC México, presidida por el Doctor Claus von Wobeser, la cual cuenta con más de 15 años de trabajo activo y es responsable de promover, difundir y capacitar a la comunidad empresarial en el conocimiento de los diferentes medios de solución de controversia que prevé ICC, como son: arbitraje, peritaje, resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo, solución amigable de desavenencias, entre otros.

A medida que las economías locales se abren al comercio exterior, la importancia del arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias, como sistemas eficientes de resolución de disputas internacionales se reconoce cada vez más, ya que la cantidad de empresas que toman parte en procesos arbitrales de la CCI ha crecido de manera significativa en los últimos años, es por ello, la importancia de conocer ampliamente los beneficios y ventajas de cada uno de estos medios.

Tenemos confianza que este boletín que conmemora 50 ediciones de nuestra revista Pauta y que esta dedicado a una de las herramientas más importantes con las que cuenta el empresario, el arbitraje, será de su interés y utilidad.

Cordialmente.



Ing. Pierre Froidevaux Chavan
Presidente

INTRODUCCIÓN A LOS DISPUTE BOARDS Por. Lic. Cecilia Quintanilla Madero¹.

Importancia y beneficios de mecanismo ágil de solución de controversias en contratos de construcción y a largo plazo

Los proyectos de infraestructura son de vital importancia para el desarrollo de los países, ya que con ellos se generan primeramente fuentes de trabajo en la realización propia del proyecto y una vez que la obra ha concluido, se transforma en una fuente de acceso a la inversión tanto local como extranjera, ya que si no se cuenta con medios de transporte, carreteras, puertos, luz, telecomunicaciones, etcétera, el costo de un proyecto de inversión va a elevarse, generando el desinterés por parte de los inversionistas de invertir en ese país.

Los proyectos de infraestructura generalmente implican la inversión de enormes cantidades de dinero que los gobiernos locales, sobre todo en países en vías de desarrollo no pueden financiar por sí solos, por lo que normalmente se efectúan con financiamientos del Banco Mundial, bancos regionales como el BID, Fondos de Inversión o simplemente por bancos privados.

Otro factor que es característico de este tipo de proyectos es la duración de los mismos.

Para lograr el financiamiento de estos proyectos, las instituciones financieras internacionales requieren diversos requisitos para brindar seguridad jurídica a su inversión. Uno de ellos son los esquemas previstos en la legislación y en los contratos de obra pública y a largo plazo para la solución de controversias entre las partes.

Como en muchos de estos contratos la parte contratante es el gobierno (Federal o local) del país, por sus leyes internas muchas veces tienen que sujetarse a sus leyes y en muchos casos a sus tribunales, lo cual, en ocasiones conlleva una desventaja para los contratistas, ya que puede suceder que existan limitaciones legales cuando se demanda al Estado o que el poder ejecutivo presione al poder judicial para no resolver la demanda, alargarla, declararse incompetente, etcétera, dejando a los contratistas en desventaja frente al poder del Estado y en consecuencia enormes dificultades para lograr concluir el proyecto correspondiente en forma exitosa, tanto en objeto como en el tiempo de duración de la obra y financieramente hablando.

Los proyectos de infraestructura tienen varias etapas como es la de construcción u la de operación de la obra, pudiendo esta última realizarse por el gobierno o dueño de la obra o por un tercero a través de lo que normalmente se conoce como una concesión.

En la etapa de construcción, surgen infinidad de controversias sobre temas de carácter técnico, alcance de la obra, administrativo, de calidad, casos fortuitos o fuerza mayor, elementos supervenientes, normas técnicas y de seguridad, ampliación del plazo, cancelación de obras, mejoras en la tecnología. En la etapa de operación surgen problemas relativos a mantenimiento, calidad del servicio, precios, aforo, actualización de tecnología, etcétera.

¹ Presidente Comité Dispute Boards ICC México. Derechos Reservados

Si todas las controversias mencionadas anteriormente tuviesen que someterse a los tribunales comunes y procesos ordinarios, o bien al arbitraje, demorarían tanto la obra que en muchos casos los proyectos conllevarían a la quiebra de la constructora o a que los proyectos queden inconclusos. Adicionalmente, las instituciones que se dedican a dar financiamiento a este tipo de proyectos, se volverían temerosas para financiarlos en ese país, lo que genera un retraso para el mismo.

Todo lo anterior reduce la competitividad del país a nivel internacional.

Por lo anterior, la comunidad internacional desde hace aproximadamente unos 20 años se han venido desarrollando e introduciendo en los contratos de construcción tanto públicos como privados, diversos mecanismos alternativos para solucionar algunas de las controversias que derivan de los mismos por la vía de la conciliación y sin que sea obligatorio llegar a un acuerdo para solventar la controversia, con lo cual las partes pueden optar por el arbitraje o bien acudir a las instancias judiciales acordadas entre las mismas, o bien que el dictamen del conciliador, Dispute Board o del experto sea obligatorio.

El método más exitoso dentro de los sistemas alternativos de solución de controversias ha sido el de los Dispute Boards, por lo cual cada vez más se prevén en legislaciones de diferentes países, organizaciones financieras como el Banco Mundial y organizaciones privadas como FIDIC han venido considerando la implementación de los Dispute Boards.

Veamos algunas cifras relacionadas con los proyectos en que se ha implementado un Dispute Board para la ejecución del contrato.

Según la OFICINA Federal de Autopistas de los Estados Unidos de Norteamérica, en la construcción del Boston Central Artery, proyecto que costo \$7mil millones de USD, se firmaron 147 contratos, de los cuales 47 contenían el Dispute Board como mecanismo para la solución de controversias bajo el formato de Dispute Review Board. Se presentaron 15 casos al DRW y ninguno se fue al arbitraje.

La Dispute Resolution Board Foundation con sede en Estados Unidos de América tiene estadísticas desde el año de 1982 hasta el 2004, mismas que se encuentran publicadas en su página de Internet. De ahí he tomado la siguiente información.

En 1982 registró 5 proyectos con DB, en los cuales se presentaron 23 disputas al DB. Tanto en número de proyectos y el número de disputas fueron ascendiendo año con año. La última cifra que se tiene publicada es la correspondiente al año 2004, en el cual se tiene registrados 1237 proyectos con DB, con un valor de 90 mil millones de dólares. En esos proyectos se resolvieron 1,418 disputas, de las cuales, solamente se fueron 19 a instancias posteriores.

En cuanto a los costos y tiempo de resolución de las controversias, si lo comparamos con el arbitraje, normalmente éste tiene un costo del 5% del valor del contrato y tarda en resolverse entre uno y 5 años. A los Dispute Boards les toma la resolución de una controversias entre 90 y 180 días, a un costo inferior al 2% del valor del contrato.

Reglamento Dispute Boards ICC

Solamente quiero resaltar dos cosas:

Primeramente que fue publicado en otoño del 2004 en su versión en inglés y francés que son los idiomas oficiales de la ICC y que ya contamos con la versión en español que acaba de publicarse en el mes de febrero 2006.

Por último, que este reglamento está enfocado a todas las ramas de la industria y tipos de negocio, no solamente al área de construcción o contratos relacionados con la misma, como ha sido hasta ahora la utilización de este mecanismo.

¿Qué es un Dispute Board?

Concepto

El DB es un mecanismo para la solución de controversias en el Sitio, formado típicamente por 3 personas independientes e imparciales, designadas por las partes contratantes al inicio del contrato. Los miembros del Dispute Board realizan visitas periódicas al sitio, revisan permanentemente la documentación relativa al proyecto y se involucran activamente en el mismo, asistiendo informalmente a las partes o bien, emitiendo sus recomendaciones o decisiones en las controversias que las partes le presentan.

Tipos: DRB, DAB y CDB.

Típicamente existen dos tipos de Dispute Boards que son el Dispute Review Board y el Dispute Adjudication Boards que como veremos en un momento la diferencia entre uno u otro radica en las consecuencias que tiene para las partes el tipo de resoluciones que emiten. El tercer tipo de DB que se contempla el reglamento ICC es una innovación de la y es un tipo combinado de los dos anteriores.

DISPUTE REVIEW BOARD (DRB): El DRB emite Recomendaciones en relación con las controversias planteada por las partes. Cuando ninguna de las partes emite su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, éstas se comprometen contractualmente a acatarlas. Cuando si emiten su desacuerdo dentro del plazo establecido, pueden someter la controversia al arbitraje u órgano jurisdiccional, según lo hayan previsto en el Contrato, y en tanto se emite la resolución arbitral o judicial, las partes no están obligadas a cumplir la resolución del DRB.

DISPUTE ADJUDICATION BOARD (DAB): El DAB emite decisiones en relación con la desavenencia planteada, la cual debe de ser cumplida por las partes desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo dentro del plazo establecido la puede someter a arbitraje u órgano jurisdiccional competente, según el acuerdo contractual, no obstante, las partes deben cumplir con la decisión hasta en tanto no haya un laudo o resolución judicial en sentido contrario. En caso de que no se oponga a la decisión ninguna de las partes dentro del plazo establecido las partes quedan obligadas contractualmente a cumplir su decisión.

COMBINED DISPUTE BOARD (CDB): Normalmente emite recomendaciones respecto las desavenencias que le has sido planteadas, sin embargo puede emitir una decisión cuando una parte lo solicita y la otra no se opone a ello. En caso de oposición el CDB decidirá si emite una decisión o una recomendación según los criterios establecidos en el Reglamento ICC.

Funciones Principales:

Básicamente son 4:

Visitas la sitio de ejecución del proyecto; Normalmente son tres veces al año, pero las partes pueden establecer que sean con mayor frecuencia. El objetivo de esto es mantener informado al DB del estado que guarda la evolución del proyecto.

Reportes de avance; Al inicio del contrato el DB y las partes se pondrán de acuerdo de los reportes que se les enviarán, frecuencia, etcétera. El objetivo, al igual que en el caso anterior es mantener informado al DB del estado que guarda la evolución del proyecto.

Procurar que las partes arreglen entre ellas sus controversias; El objetivo no es que todas las desavenencias sean resueltas por DB. EL DB debe de alentar a las partes a que resuelvan sus controversias entre ellas y puede asistirles de manera informal a lograr ese objetivo.

Solución de Controversias planteadas por las partes:

Recibir el reclamo, organizar las audiencias en su caso/ preparar y emitir la decisión.

Momento de su constitución: Se prevé desde las bases en casos de licitación/ inicio de contrato.

Integración: 1. 3 o más miembros según lo acordado por las partes en el contrato, normalmente esto obedece la integración al monto del contrato, ya que si es muy pequeño se recomienda un solo miembro, lo normal es de tres miembros, y en caso de que sea un contrato que requiera múltiples especialidades se recomienda la integración con más miembros. Por ejemplo la construcción y operación de un hospital. Pueden ser dos ingenieros y dos especialistas relacionados con la parte médica o con la administración de un hospital.

Quienes lo integran:

Expertos en la materia: Es muy importante para dar credibilidad a sus decisiones el ser expertos en la materia, tanto desde el punto de vista de su profesión con en la práctica profesional.

Incorporación de abogados: Existen las dos tendencias, la que los considera necesario y la que considera que es conveniente que no formen parte del DB. Yo prenuocio porque se integre un abogado al DB, pues su experiencia como perito en derecho va a facilitar la emisión de la decisión o recomendación conforme a la ley, sobre todo en áreas en que los ingenieros no tienen experiencia y eso le va también a dar confianza a las partes respecto de la credibilidad de la decisión.

Para lo anterior, es importante tomar en consideración el tipo de controversias que se pueden someter al DB.

Características o atributos del DB

Experiencia de sus miembros: Como ya dije ésta le da credibilidad a las decisiones emitidas por el DB. Un juez seguramente no va a tener el nivel de especialidad que pueden tener expertos en la materia, si bien tanto el juez como el árbitro pueden recurrir a peritos en los casos que se le presentan, las funciones de un miembro del DB son mucho mayores que la de rendir un peritaje.

Familiarización con el proyecto: La familiarización con la documentación contractual y con el proyecto a través de la revisión de los reportes enviados por las partes y las visitas al sitio, Le da a sus miembros un marco de referencia que le va a permitir en el caso de que se presente una controversia el resolver en una forma mucho más rápida y con un mayor entendimiento del proyecto en su conjunto, lo que facilita a las partes la preparación de los reclamos.

Conocimiento de las disputas en tiempo real: La gran ventaja que tiene el que las partes puedan resolver sus diferencias durante la ejecución del contrato, es que las relaciones entre ellos se mantienen cordiales y con esto se logra una mayor cooperación entre ellas manteniendo los resultados en un buen nivel y que el proyecto no se detiene.

Someter a los DB las controversias antes de un litigio: Como ya dijimos en un principio, esto tiene enormes ventajas frente a los métodos tradicionales de solución de controversias como son el arbitraje o al tribunal competente, en cuanto a tiempo, costo, ejecución de la obra, etcétera.

Obligatoriedad de sus decisiones: Dependiendo del tipo de DB elegido por las partes sus determinaciones pueden o no ser obligatorias desde que se emiten o solamente en el caso de que no se impugnen en el plazo previsto.

Decisiones no ejecutables: Las partes cumplen con las determinaciones por una obligación contractual, no porque las mismas sean ejecutables por su propia naturaleza como es el caso de una sentencia.

Tipos de controversias que se someten a un DB

Quién y en donde se define:

A solicitud de parte: Siempre es a petición de una parte

Se define por contrato. Las partes en la negociación del mismo lo acuerdan, o se prevé desde el proceso de licitación.

Ley: Puede ser que la ley prevea su constitución y su regulación como es el caso de Inglaterra que existe una ley que establece la posibilidad de crear un DB y fija los requisitos mínimos que deben establecerse para su funcionamiento. México la Ley de Obra Pública establece que en los contratos se establecerá el mecanismo por el cual las partes resolverán sus controversias técnicas.

Sin límites o solamente algunas disputas: técnicas/ todas las controversias/ todas excepto las relativas a la validez del contrato. Tomar en consideración esto para la integración del DB.

Miembros del Dispute Board:

- Elección de los miembros: el DB típico está integrado por tres personas. Éstas son nombradas una por cada parte, lo cual puede ser con o sin el acuerdo de la otra parte y el tercer miembro que nombran de común acuerdo entre ellas.

En caso de que sea necesaria la sustitución de un miembro por fallecimiento, renuncia o terminación de su mandato, se procede a designar a su sucesor de la misma forma en que se le designó a él.

- Características:

Experiencia: pertenencia a asociaciones, más de 5 años en posiciones con niveles de decisión

Conocimiento respecto de documentación contractual

Idioma del contrato

experiencia en solución de controversias

conocimiento del procedimiento disponibilidad

imparcialidad

independencia.

- Contrato de tres partes. Se debe firmar un contrato entre el dueño del proyecto, el contratista y el miembro del Dispute Board, pudiendo ser un contrato por cada miembro o uno para los tres. Existen varios formatos

de contrato de miembro (AAA, ICC, Dispute Resolution Board Foundation, American Society of Civil Engineers, FIDIC.)

- Remuneración y gastos: Se establecen las tarifas que cubren las tres principales actividades que son mantenerse actualizado con los reportes de avance, realizar visitas al sitio y estudiar y resolver las controversias planteadas por las partes. Se fija también en el contrato el incremento porcentual y periodicidad de los incrementos.

Quien los paga. Se pagan por partes iguales entre las partes contratantes.

Gastos: Se cubren los gastos incurridos y se pagan por partes iguales por las partes. Normalmente en el contrato de Miembro se establece los gastos que se le cubre.

- Remoción: Normalmente se prevé en el contrato de miembros los casos en que procede la rescisión del contrato y la recusación de un miembro del DB. En el reglamento de la ICC se establece que las partes conjuntamente pueden en cualquier momento rescindir el contrato de Miembro sin justificar la causa.

Los miembros también pueden renunciar mediante aviso previo.

También puede ser necesario sustituir a un miembro por recusación del mismo. Depende el Reglamento al que se esté sujeto, la forma de proceder en caso de que exista la recusación de un miembro.

Para finalizar, quiero resaltar que cuando las partes consideran la inclusión de un DB en su contrato, es muy conveniente el que el mismo se regule por reglas ya existentes, pues las mismas han sido preparadas y estudiadas por expertos en el tema y nos van a ahorrar muchos problemas y dolores de cabeza.

CONVENIOS INTERNACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. Por Lic. Daniel Amézquita Díaz.

Introducción

Desde hace algún tiempo ha existido preocupación sobre la realidad de los beneficios que en materia de seguridad social, reciben las personas nacionales de un país y que prestan sus servicios en otro, así como acerca de los costos que esto involucra.

Actualmente, salvo los casos de aquellos país con los cuales existe Tratado, es decir, España⁽¹⁾ y Canadá⁽²⁾, el personal originario de un país, y que se traslada a México para prestar servicios personales a requerimiento de la empresa en la que trabaja, requiere inscribirse en el sistema de seguridad social del país al que ingresa, así como encontrarse registrado en su país de origen, con la finalidad de evitar perder los beneficios adquiridos.

Lo anterior trae consigo una serie de costos innecesarios que inclusive redundan en la no obtención de una parte de los servicios por los que se está realizando una erogación.

En el caso de México, las personas de otros países que llegan a laborar al país bajo las instrucciones de un patrón residente en México, deben ser inscritos en el Instituto Mexicano del Seguro Social.

No obstante lo anterior, en la práctica, este personal tiene diversos derechos, dentro de los cuales se encuentra la contratación de seguros médicos, lo que les permite, en caso de alguna eventualidad, el poder acudir a hospitales y médicos particulares para ser atendidos, lo que resulta en que nunca acuden a recibir los servicios del Instituto Mexicano del Seguro Social, pagándose en consecuencia cuotas de seguridad social que no cumplen cabalmente con su cometido.

Los convenios en materia de seguridad social que se encuentran en vigor, como en el caso de España y Canadá, en general, y por ejemplo en el caso de México, cuando se aplican por los particulares, les permiten el no pagar las cuotas al Instituto Mexicano del Seguro Social, al no encontrarse en la posibilidad práctica de recibir sus servicios.

Sin embargo, al no existir los pagos respectivos no generan beneficio alguno. Estas personas continúan pagando sus contribuciones de seguridad social a su país de origen, de donde sí recibirán los beneficios específicos.

Cabe destacar que a mediados del 2005, se hizo del conocimiento general, la firma de un nuevo convenio de seguridad social entre los Estados Unidos Mexicanos, representado por el entonces Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, Santiago Levy Algazi, y los Estados Unidos de América, representado por Jo Anne Barnhart, como Comisionada de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, a la fecha, dada la poca información que se ha señalado en la prensa de ambos países, así como el hecho de que dicho convenio no está en vigor, es difícil conocer los alcances del mismo en cuanto a los

⁽¹⁾ Convenio de seguridad social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, firmado en Madrid, España, el 25 de abril de 1994; aprobado por el Senado Mexicano el 6 de julio de 1994, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de julio de 1994. El canje de notas diplomáticas se efectuó, el 5 de agosto de 1994 y 23 de noviembre de 1994. Entró en vigor el 1° de enero de 1995.

⁽²⁾ Convenio sobre seguridad social entre los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, firmado en Ottawa, Canadá el 27 de abril de 1995.

beneficios que se pretenden otorgar a los ciudadanos de ambas naciones que presten servicios como trabajadores en el otro país.

Medios de solución de diferencias previstos en los convenios en vigor

Así las cosas, tenemos que al día de hoy en materia de seguridad social, existen dos convenios celebrados por México en vigor, es decir, los celebrados con el Reino de España y Canadá.

Mientras que el artículo 24 del Convenio con España únicamente refiere a que las autoridades competentes de cada una de las partes contratantes resolverán, de común acuerdo, las diferencias que en la interpretación y aplicación del convenio y de los acuerdos administrativos que al respecto se celebren, pudieran suscitarse; el artículo 25 del Convenio con Canadá desarrolla un poco más la forma de finiquitar cualquier disputa que pudiera surgir.

En efecto, en primer lugar, el convenio establece que las autoridades competentes⁽³⁾ de las partes resolverán, en la medida de lo posible, cualquier dificultad que surja en la interpretación o aplicación del convenio “de acuerdo con el espíritu y los principios fundamentales del mismo”.

Es decir, en primer lugar, el convenio en estudio sólo les impone a las partes el que hagan el intento de resolver la problemática derivada de la interpretación o aplicación del instrumento, pero en ningún caso las obliga a efectivamente resolver la disputa.

Las herramientas que utilizarán las partes para resolver la controversia mediante éste método autocompositivo de solución de diferencias lo son el espíritu y los principios inherentes al propio instrumento objeto de estudio.

Desde nuestro punto de vista dichos espíritu y principios, serán en la práctica aquellos que no se opongan al objeto del convenio y que den eficacia a los fines que se persiguen con éste último.

El procedimiento en caso de no haberse solucionado la problemática por las autoridades competentes, será el que las partes busquen dicha solución mediante la celebración de consultas.

En efecto, el mencionado artículo prevé el que las partes consultarán de inmediato a solicitud de cualquiera de ellas, los asuntos que no han sido resueltos por las autoridades competentes.

Ante el fracaso en la búsqueda de encontrar una solución a una diferencia, conforme al método autocompositivo anterior, el convenio con Canadá prevé la posibilidad de que cualquiera de las partes someta su resolución mediante un tribunal arbitral.

El convenio es muy parco en cuanto a la forma en que se sustanciará el procedimiento arbitral. Lo anterior es así, toda vez que en lugar de prever un procedimiento arbitral, da entera libertad al tribunal arbitral en la elección del procedimiento al que se sujetarán, con lo cual se abre la puerta a que ciertas reglas desarrolladas por centros de administración de arbitraje para controversias de índole público o privado, puedan ser adoptadas para ser utilizadas en éste tipo de procedimientos.

La única provisión que establece el artículo 25 del Convenio con Canadá para el procedimiento arbitral que se sustancie, es el que la decisión del tribunal sea definitiva y obligatoria.

⁽³⁾ En ambos convenios, autoridad competente en el caso de México lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, en el caso de España el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y en el caso de Canadá el Ministro o Ministros responsables para la aplicación de la legislación de Canadá.

Si bien estimamos conveniente el que los miembros del tribunal arbitral puedan decidir las reglas bajo las cuales se desarrollará el procedimiento arbitral, creemos que era recomendable el que se previeran algunas reglas mínimas que atendieran a aspectos propios de la materia objeto de la controversia; por ejemplo, reglas de confidencialidad, el tipo de pruebas que se podrán ofrecer y la forma en que se deberán desahogar algunas de ellas, etc.

En cuanto a la designación de los miembros del Tribunal Arbitral, el precepto objeto de estudio establece que a menos que las partes de común acuerdo determinen lo contrario, el Tribunal estará integrado por tres árbitros, de los cuales uno será designado por cada una de las partes y los dos árbitros designados de esta forma designarán a un tercero, el cual actuará como presidente.

Si los dos árbitros designados por las partes no logran ponerse de acuerdo respecto de la designación del presidente, el artículo prevé la posibilidad de que se solicite al Presidente de la Corte Internacional de Justicia su designación.

Creemos que por la especialidad de la materia que se ventila en el procedimiento arbitral que se comenta, era conveniente el que se previera como obligación de las partes, el mantener listas de potenciales árbitros que pudieran llegar a conocer de éste tipo de controversias.

Conclusiones

Si bien la preocupación actual tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, por que a sus nacionales se les reconozcan y gocen de los beneficios en materia de seguridad social fuera de su país de residencia o nacionalidad, ha alimentado la celebración de convenios como a los que hemos hecho referencia, contrasta el que en éstos últimos no se prevean mecanismos más eficaces para la búsqueda en la solución de las diferencias que en el ámbito de su interpretación y cumplimiento pudieran presentarse.

Más aún, si bien el Convenio con Canadá pretende mediante el uso del arbitraje el que se logre dicha solución de la diferencia, el que no se prevean reglas mínimas que desarrollen la forma en que se deberá sustanciar el procedimiento arbitral, pudiera redundar, como hasta la fecha ha sucedido, en que en la práctica no se utilice dicha Institución aún y cuando existan dichas controversias.

Lo anterior creemos que cobra especial relevancia, para el caso de que entre en vigor el Convenio con los Estados Unidos de América, toda vez que el flujo de personas de uno a otro país para prestar sus servicios, es superior al que se tiene con otros países.

**PANEL DE ADJUDICACION DE DESAVENENCIAS
"UNA RETROSPECTIVA"**

**Por Dr. Lic. Herfried Wöss W., LL.M., MCI Arb.
Wöss & Partners, S.C., Octubre 2000 ©
hwoess@woessetpartners.com**

Introducción

Desde hace relativamente poco el Banco Mundial requiere para financiar proyectos, que normalmente rebasan valores de 25 millones de Dólares de los Estados Unidos de América, la inserción en los contratos de cláusulas que hacen obligatorio el establecimiento de un Panel de Adjudicación de Desavenencias, denominado en inglés "Dispute Review Board" ("DRB") o "Dispute Adjudication Board" ("DAB"); que en lo sucesivo será referido mediante la abreviación "PAD". Asimismo, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores ("FIDIC", por sus siglas en inglés) con sede en Suiza, incluye en sus contratos modelo, como es el "Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects, first edition 1999", reglas para la solución de controversias relacionadas con proyectos industriales y de infraestructura.

A continuación se presentan los elementos y características esenciales de un PAD, dirigido a abogados, ingenieros y administradores de proyectos de gran magnitud, así como al sector público y empresas paraestatales involucradas en los mismos, sin el afán de realizar un análisis exhaustivo de esta institución pre-arbitral para la solución de controversias y sus implicaciones bajo el derecho mexicano. Cabe mencionar que los primeros PAD en México fueron conceptuados el autor del presente e iniciaron su función a finales de 1999 con el objeto de resolver conflictos ya existentes.

La difusión de los PAD es objetivo fundamental de "The Dispute Resolution Board Foundation", con sede en 6100 Southcenter Blvd., Suite 115, Seattle, WA 98188-1441, EUA donde se imparten cursos y se proporcionan mayores informes.

Características de un pad**Concepto**

La mejor manera de describir un PAD es como un "*mecanismo in situ e institucionalizado de resolución de controversias para grandes proyectos industriales a largo plazo*". Está integrado, generalmente, por tres personas imparciales e independientes de la desavenencia seleccionadas por los contratantes como adjudicadores. La diferencia esencial entre un PAD y el resto de las técnicas empleadas como Medios Alternativos de Solución de Controversias (como son el arbitraje y la mediación, entre otros), consiste en que en éste se designa *al comienzo de un proyecto* y se involucra activamente *a lo largo del mismo* a través de realizar visitas regulares al establecimiento o lugar de trabajo.

En la Adjudicación de Desavenencias, al igual que en la mayoría de los otros Medios Alternativos de Solución de Controversias ("MASC"), una persona independiente y neutral se introduce para asistir en la solución de la desavenencia. Este procedimiento es esencialmente amigable y se caracteriza por estar *basado en derecho sin que su resultado sea un laudo ejecutable*. Se aplica en contratos de tracto sucesivo, como es el caso de proyectos industriales, donde, la pronta solución de controversias sin crear una posición hostil entre las partes, es imperativa para ahorrar costos y evitar efectos secundarios como la destrucción de relaciones comerciales entre el propietario de la obra ("Propietario") y sus contratistas ("Contratistas"). Como medio alternativo de solución de controversias,

comparte con el resto de estas técnicas las características de informalidad, poca rigidez y su orientación hacia un resultado aceptable para ambas partes del conflicto, pero sin llegar a la mediación o a la conciliación.

La Adjudicación de Desavenencias se *distingue tanto del litigio como del arbitraje y de la mediación*. A diferencia del litigio, la resolución de un PAD no está regulada de manera general por la legislación ni es administrada por el Estado, es decir, la ley no prevé de manera específica un procedimiento a seguir, y no es el Estado quien, a través de tribunales previamente establecidos, pone fin a una controversia, sino la autonomía de las partes. Al mismo tiempo, dichas resoluciones no vinculan inmediatamente a las partes. A diferencia del arbitraje, la Adjudicación de Desavenencias, por regla general, no es acogida bajo la protección de un acto arbitral ni está sujeta a convenciones internacionales, aún más, las decisiones de los adjudicadores no son directamente ejecutables. Por otro lado, el PAD analiza (y resuelve) las controversias en el momento en que surgen, mientras que en el arbitraje esto ocurre, en muchas ocasiones, de manera *posterior a la terminación de la Obra* cuando ya no están en sitio los jefes ingenieros por encontrarse tal vez en otro proyecto. A diferencia de lo que ocurre en la mediación, a los adjudicadores miembros de un PAD se les requiere que resuelvan sobre los asuntos de conformidad con el marco contractual y legal.

Pese a sus diferencias con el arbitraje, este mecanismo no debe ser entendido como una alternativa sino como un complemento del mismo; sin embargo, es indiscutible que el PAD representa una herramienta competitiva que limita el número de casos que de hecho llegan al arbitraje ya que con el PAD las partes establecen un mecanismo y lo facultan con jurisdicción para decidir sobre la desavenencia o dar una recomendación.

Antecedentes

Los PAD evolucionaron como consecuencia de la necesidad que existía de resolver las controversias de una manera pronta, informal, imparcial y económica dentro de la industria de la construcción. El concepto de PAD se originó en Estados Unidos de América en donde se ha venido utilizando por más de 30 años. El uso más antiguo del que se tiene conocimiento data de los años sesentas en Washington. En 1980, se utilizó un PAD en un proyecto internacional de gran magnitud en Honduras y en septiembre de 1999 más de 400 proyectos se han terminado o están siendo construidos utilizando un PAD. Casi 1,000 controversias han sido objeto de decisiones tomadas por un PAD, pero sólo en pocas ocasiones (14 aproximadamente) una decisión de esta naturaleza ha sido referida a un arbitraje o a un tribunal. No existe reporte alguno en que un tribunal arbitral haya revertido la decisión de un PAD.

Se sabe que los PAD están operando actualmente en los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Suecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Uganda, Hong Kong, China, India y Bangladesh. Son igualmente idóneos tanto para grandes proyectos como para proyectos internacionales y también para proyectos multi-contractuales como pueden ser los de tránsito ferroviario, plantas generadoras de electricidad u otros similares. Un reciente desarrollo ha llevado a implementarlos también en grandes proyectos de concesión que duran incluso varias décadas.

Sin duda, los PAD han crecido en popularidad y, además de su efectividad en promover prontas resoluciones a las controversias, hay otras razones por las cuales creemos que los PAD seguirán evolucionando. La primera es porque en 1995, el Banco Mundial publicó el "World Bank Procurement Document" que requiere el establecimiento de los PAD para los proyectos que sean financiados por el Banco. La segunda es que en 1996, FIDIC, (Federación Internacional de Ingenieros Consultores), publicó una reforma a sus condiciones tradicionales de contratación recomendando el PAD como un método preferente para la solución de controversias, así mismo, en 1999 publicó ediciones nuevas de sus formatos tradicionales de contratos industriales y la provisión del PAD estará contenida en sus tres más grandes formas básicas. La tercera se refiere a que el nuevo Acto de Resolución de Controversias del Reino Unido (efectivo a partir de mayo de 1998) ahora requiere que todos los contratos de construcción contengan cláusulas de Adjudicación de Desavenencias.

Objetivos

La industria de construcción en general tiene reputación por ser controversial y conflictiva. Se ha visto que el 50% de todo el costo legal asociado con la construcción se gasta en relación con disputas. En casi el 10% de los proyectos, entre el 8% y el 10% del total del costo del proyecto es costo legal. Este gasto, que globalmente representa una enorme suma cada año, no toma en cuenta el costo que hay detrás de una controversia: el daño a la reputación y a las relaciones comerciales, el costo del tiempo, y las oportunidades perdidas.

Lo que las partes contratantes buscan es un mecanismo de solución de controversias que ambos consideren justo, económico y menos perjudicial. Especialmente si se trata de grandes proyectos en donde los periodos en que está vigente el contrato son largos y las relaciones entre las partes son de vital importancia para el mejor desenvolvimiento de los mismos.

Contratos de tracto sucesivo

Una manera rápida de analizar el papel de un PAD dentro de los contratos a largo plazo podría ser mediante la revisión de la evolución de los mismos: Durante los últimos años el margen de riesgo y de ganancia para los contratistas ha aumentado y disminuido, respectivamente, y las pérdidas cada vez son más severas. Si bien antes era más probable, ahora resulta casi imposible que entre el Contratista y el Propietario exista una negociación directa durante el curso del proyecto para determinar todas las variaciones y discrepancias del contrato. Como consecuencia, las partes a menudo se encontraban amarradas en interminables negociaciones durante todo el tiempo que duraba el contrato y que terminaban en un tribunal competente. Hay distintas razones para explicar estos cambios a través de los años como la situación de mercado y la pesada competencia entre los contratistas, el tamaño y complejidad de los proyectos, el entorno financiero, el marco contractual y la incertidumbre de naturaleza técnica, administrativa y política.

La duración de los procedimientos, las pérdidas tanto directas como indirectas (como pérdida de productividad, destrucción de lazos comerciales, pérdida de imagen, consumo en demasía de sus mismos empleados quienes no pueden trabajar en otros proyectos) han incitado primero a los Propietarios y Contratistas anglosajones, acostumbrados a litigar, a buscar una manera eficiente y amigable de terminar una controversia a lo largo de un proyecto. La solución era un panel integrado por expertos independientes que sobre una base continua y regular vigilen el progreso del proyecto y asistan a las partes en un arreglo pronto a su controversia.

Es un hecho que un número considerable de PAD se han implementado a lo largo de estos últimos años y la mayoría han resultado exitosos. Seguramente este éxito no se debió siempre al hecho de que las partes estuvieran convencidas o satisfechas con la recomendación del PAD, pero sí gracias a que éstas sintieron que el PAD les asistió para evitar un largo y costoso procedimiento legal o porque les quitaron el peso de resolver o tomar una decisión complicada que ellos mismos no tenían capacidad de resolver.

Es también un hecho que cada vez más instituciones financieras como el Banco Mundial o el Banco de Desarrollo de Asia imponen el sistema de PAD, aún cuando algunos gobiernos, tribunales e instituciones de arbitraje todavía muestran ignorancia y lo describen como una alternativa al tan exageradamente costoso procedimiento legal como en los Estados Unidos. La reciente iniciativa del *FIDIC* de insertar el PAD en el texto principal de sus Condiciones Generales y de *reducir la influencia de la Ingeniería* es más que una simple indicación de la importancia que ha ganado el PAD en contratos internacionales a largo plazo. Cabe mencionar que el ingeniero tenía facultades cuasi-judiciales en caso de conflictos entre el Propietario y el Contratista y muchas veces fue representado por un despacho de ingeniería. Sin embargo, su imparcialidad era puesta en duda, debido a que económicamente dependía del Propietario, por lo que era necesario reemplazarlo por una institución más neutral e independiente.

Diferentes tipos de PAD

Dar una sola definición del papel de un PAD sería impreciso pues no existe solo uno, sino varios tipos de PAD. Es un método continuo, regular y eficiente para solucionar problemas, especialmente durante la implantación del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde el principio hasta el fin, regular porque el PAD visita el lugar por lo menos cada cuatro meses (siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando recomendaciones durante el curso del proyecto), eficiente por la atractiva relación costo/tiempo/beneficio (en comparación con otros sistemas de solución de controversias) y por su alto índice de éxito. Al mismo tiempo, el PAD ayuda a mantener una relación sana y pacífica entre las partes.

Posibles variaciones

Lo más importante entre las partes es seleccionar cuidadosamente el sistema de PAD idóneo conforme a sus necesidades y circunstancias. Aquí se muestran tres de las categorías de PAD que se pueden tomar en consideración:

El PAD como un panel pre-arbitral y de decisión

Las decisiones del PAD serán vinculatorias en tanto no sean revocadas por una decisión judicial y que deban ser implementada sin retraso. Normalmente la parte que no está satisfecha con la decisión debe notificar su desacuerdo dentro de un periodo previamente establecido y, en algunos casos, hasta se ve obligado a iniciar un procedimiento arbitral. Este tipo de PAD no puede ser considerado como una forma puramente amistosa de solucionar desavenencias, pero permanece como amigable si lo comparamos con un procedimiento legal. Las reglas FIDIC siguen este modelo así como los primeros PAD operando en México desde hace muy poco.

El PAD como un panel de consejo formal

Las recomendaciones del panel no son vinculatorias, pero constituyen un apoyo para las partes en el proceso de toma de decisiones. En caso de que una de las partes no esté satisfecha con la recomendación, está obligada a notificarle a la otra parte, dentro del tiempo que hayan convenido, que se niega a sujetarse a dicha recomendación. Entonces queda a decisión de la parte insatisfecha si el caso deberá referirse a un procedimiento legal, y cuándo.

El PAD como un panel de consejo flexible y formal

Las partes tienen una oportunidad preliminar para referir una controversia en potencia al PAD y para buscar un consejo general sobre asuntos de importancia. La parte demandante someterá a consideración del PAD una breve presentación/cuestionario del caso (1-2 páginas) y el panel lo discutirá con las partes durante su visita al lugar de trabajo. El PAD no tomará en cuenta ni se verá influenciado por ninguna nota escrita u observación oral hecha durante estas discusiones. En una segunda etapa, se seguirá un procedimiento igual al señalado en el párrafo anterior y la recomendación emitida por el PAD continúa sin ser vinculatoria.

Normalmente se aconseja comenzar por requerir de parte del PAD una recomendación sobre asuntos de principio solamente, dejando a las partes la estimación de la cuantía. Se les da la oportunidad de re-negociar este punto y si subsisten diferencias sustanciales en cuanto a la estimación de la cuantía, la parte más diligente puede, ya sea solicitar una asistencia puntual, o una recomendación escrita del PAD conforme al contrato.

Criterios para la elección del tipo adecuado

Aún cuando se tienen que tomar en cuenta la naturaleza del proyecto y el tipo de contrato para establecer el tipo de PAD idóneo, sí existen algunos lineamientos generales:

El tiempo más conveniente para implementar un PAD es, sin lugar a dudas, después de firmar el contrato y antes del comienzo de la obra. Las partes deberían considerar esto como un punto a tratar importante dentro de la negociación del contrato. Es de suma importancia que el PAD se designe desde la firma del contrato y que se mencione expresamente en el mismo, para el efecto de que entre inmediatamente en funciones y resuelva desde las primeras diferencias.

Sin embargo, muchos de los PAD se han introducido durante el curso de los trabajos. Esto no es fácil pues cuando las partes ya están dentro de una controversia resulta casi imposible que convengan sobre modificaciones al contrato. La experiencia ha demostrado que esto requiere de un largo, tedioso y costoso proceso de negociación. También es difícil que el PAD se ponga al corriente de todo lo que ha sucedido en años anteriores pues implica lidiar con viejas y generalmente complicadas controversias.

Aún cuando el modo más eficiente es implementar el PAD desde el principio, también es de gran asistencia si se apunta con posterioridad.

El tipo de PAD que se debe seleccionar dependerá de varios factores como lo es la mentalidad de las partes; la voluntad, competencia y posibilidad de las partes para aceptar compromisos e incluso hasta de los miembros del panel que se eligieron. Si el representante de una de las partes es claramente incapaz de aceptar una recomendación del PAD, o no tiene la voluntad de hacerlo por que no sirva a sus intereses, entonces el primer sistema (panel pre-arbitral y de decisión) será el aconsejable.

Establecimiento del PAD

En general

En cuanto al acuerdo que se debe tomar existen básicamente dos posibilidades:

que el procedimiento de PAD ya haya sido previsto desde la firma del contrato insertado como una cláusula relativa a la resolución de controversias;

que las partes decidan, después de la firma del contrato, implementar un PAD y por lo tanto el contrato tendría que ser modificado.

Si en las negociaciones previas las partes acuerdan sujetarse a algún Medio Alternativo de Solución de Controversias, en especial al PAD, lo más apropiado tratándose de contratos a largo plazo, que se integrara desde el inicio una cláusula de solución de controversias en *tres etapas*: (1) PAD, (2) mediación o amigable solución y (3) arbitraje.

Por lo general, para establecer un PAD se requieren tres documentos contractuales: (i) *el convenio entre las partes*, en la forma de una enmienda o convenio modificatorio al contrato principal entre el Propietario y el Contratista (contrato de obra), (ii) *las reglas procesales* que se incluyen en el convenio antes mencionado por referencia (convocatoria de panel, principios de compensación, etc.), y (iii) *el contrato de servicios profesionales de adjudicación* entre las partes y cada uno de los miembros del PAD (aspectos procesales, obligaciones de las partes y de los miembros del panel, términos de compensación, etc.).

Nombramiento de los panelistas

El método utilizado para designar a los miembros del panel, en la mayoría de los casos, es similar al método utilizado por muchos arbitrajes "ad-hoc". Cada una de las partes nombra un miembro y estos dos miembros nombran a su vez al tercero quien es, generalmente, el presidente del panel; sin embargo los miembros del panel

deben ser libres para elegir a quien sea su presidente. Es una ventaja que los dos primeros miembros tengan la facultad de elegir al tercero puesto que se pretende que trabajen juntos por varios años.

En caso de desacuerdo o falla en la designación de quien haya de sustituir a un miembro del panel, ya por parte del PAD, ya por las partes, sería conveniente que el contrato o el convenio autorizaran la posibilidad de tener una *organización neutral* que se encargue de designarlo.

Los miembros del panel o adjudicadores son elegidos, generalmente, por un periodo inicial de dos años. Este periodo puede ser modificado pero no reducido por las partes. El acuerdo es normalmente renovado año con año por ambas partes. Los miembros del panel son independientes respecto de las partes y consecuentemente deben actuar de manera imparcial. Puede resultar útil o benéfico estipular en el contrato que los miembros del panel sean de una nacionalidad distinta a la de las partes.

Respecto a la competencia y antecedentes de los miembros del panel para ser elegidos, se requerirá la elaboración de un balance sobre experiencia internacional y experiencia en ingeniería, administración de contratos, aspectos legales y solución de controversia. Es por eso que se aconseja que no sean solo ingenieros con experiencias legal y contractual quienes integren el panel, sino también abogados con experiencia en proyectos de ingeniería y construcción. La composición ideal de un PAD para un contrato a largo plazo parece ser, entonces, *dos ingenieros y un abogado*, siendo el abogado el presidente del panel. En lo que se refiere a los honorarios de los adjudicadores, estos se distinguen en una cuota de disponibilidad para el estudio y la revisión de los reportes sobre el seguimiento de la obra y las visitas regulares al sitio y honorarios para el desarrollo de la adjudicación de una desavenencia en concreto.

El Procedimiento

Aspectos generales

Las condiciones preestablecidas por la FIDIC establecen un periodo para que el PAD rinda su recomendación; sin embargo el tiempo para tomar una decisión y preparar un reporte motivado puede variar según la complejidad de cada uno de los asuntos. Aún si dentro del contrato o del convenio se debe de incluir un término que sirva de parámetro al PAD para rendir su recomendación, las partes deben mantenerse flexibles y ajustar, caso por caso, el tiempo necesario para preparar la decisión o recomendación.

Para que una decisión o recomendación emitida por el PAD efectivamente asista a las partes clarificándoles a cada uno su intención y resolviendo la controversia, es indispensable que se prescriba a las partes un límite para objetar la decisión o recomendación. La parte insatisfecha estará obligada a notificar a la otra por escrito de su negativa a cumplir lo resuelto por el PAD en su recomendación o decisión. Si la parte insatisfecha no realiza esta notificación, la recomendación queda firme y vincula a ambas partes dentro de su marco contractual. Un periodo de un mes se considera razonable y adecuado para realizara dicha notificación.

Es importante subrayar que el *procedimiento del PAD tiene un carácter inquisitivo* por lo que puede pedir cualquier información de las Partes o de expertos independientes que sea necesaria para rendir la decisión.

Etapas del Procedimiento

Generalmente se recomienda un procedimiento consistente en 5 etapas y que puede incluirse en el convenio entre el Propietario, el Contratista y el PAD:

Solicitud de una decisión/recomendación por parte del PAD

Si una de las partes está ya sea insatisfecha con la respuesta de la otra parte respecto de sus reclamos, o, con la decisión del ingeniero (en contratos de la FIDIC), el reclamante es exhortado para enviar anticipadamente un aviso a la otra parte, con copia para el PAD, de su intención de solicitar una recomendación o una decisión respecto de un asunto determinado. El propósito de tal aviso es el dar a la otra parte la oportunidad de movilizar los recursos que crea necesarios e informar al PAD de tal cuestión.

Pliego de Posiciones

El reclamante tiene que preparar un pliego conciso de posiciones en donde no solo explique su punto de vista sino también reconvenza lo dicho por la otra parte y por el ingeniero durante el curso del procedimiento. La correspondencia, la documentación importante relativa al contrato y la solicitud de recomendación deben de ir anexos al pliego de posiciones. El reclamado es llamado para que prepare un escrito conciso que represente su posición con las conclusiones que crea relevantes.

El PAD empieza a prepararse con la lectura de los documentos. Dependiendo de la complejidad del caso, el PAD se reunirá con las partes antes de la audiencia para organizar la misma, intercambiar puntos de vista preliminares, preparar una lista preliminar de preguntas y documentos adicionales y hacer los arreglos necesarios para la preparación de la recomendación.

La Audiencia

Se llevará a cabo en el establecimiento o sitio de la obra, poco tiempo después de que se haya recibido el pliego de posiciones de la reclamada. No debe, en principio, durar más de 10 días. Básicamente consiste en tres etapas: (i) una presentación del caso por cada una de las partes, (ii) la discusión con el PAD que solicita, en su caso, aclaraciones o hace preguntas y (iii) finalmente las respuestas de cada una de las partes. Se espera un resumen conciso al final de la presentación de cada una de las partes. Las respuestas a las preguntas se fundamentan, si es posible, en un documento.

Tomando en consideración que el procedimiento del PAD es una manera amigable de terminar una controversia, y dependiendo de las características y naturaleza de las relaciones entre las partes, el PAD puede conducir el procedimiento de una manera informal e incluso puede empezar discusiones durante la presentación de cualquier parte.

La Deliberación

El PAD iniciará la deliberación al terminar la audiencia. Algunas veces incluso se podía obtener un bosquejo de la resolución final; sin embargo, como la mayoría de los casos que se someten al PAD son grandes y complicados, el panel necesita de un tiempo para reflexionar y no deben estar presionados de tiempo. La deliberación final se llevará al cabo después de que el PAD haya escrito su informe preliminar.

El Reporte

Con el objeto de emitir una recomendación seria o una decisión fundamentada, el PAD está obligado a asentar por escrito su reporte final dentro de los 2 meses siguientes a que haya concluido la audiencia.

Naturaleza de las resoluciones tomadas por el PAD

Recomendación no vinculatoria

Puede asistir a las partes en resolver sus controversias, pero también puede ser considerada únicamente como un consejo. La parte que pierde, normalmente asume una actitud pasiva y solo espera para ver que pasa. Esto provoca

una situación de encrucijada para la parte ganadora: por un lado un candado y por el otro una puerta hacia un procedimiento legal. La recomendación ciertamente tendrá alguna importancia dentro del procedimiento legal, pero no asistirá a la parte ganadora, quien puede estar, para ahora, en problemas económicos por ejemplo.

Decisión vinculatoria

Una decisión vinculatoria emitida por el PAD es un fuerte acercamiento para resolver una controversia puesto que el PAD tiene la facultad de ejecutar inmediatamente su decisión y deja a las partes sin la oportunidad de apelar contra su decisión. Este sistema, mientras resulta efectivo, no otorga ninguna protección a las partes y es riesgoso. Incluso se podría cuestionar su legitimidad respecto al orden público.

Decisión semi-vinculatoria

Una recomendación semi-vinculatoria parece que es un sistema apropiado en términos de eficiencia del PAD. Al PAD se le solicita que emita una decisión la cual deberá implementarse inmediatamente, pero que también deja la oportunidad a las partes para que la enfrenten ante un tribunal judicial o arbitral, durante un cierto término. Una vez pasado dicho término, la decisión se vuelve obligatoria dentro del marco contractual, sin obtener la fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, dicha decisión no tiene efecto suspensivo. Esto es el caso de los primeros PAD en México.

En este momento, a la mayoría de los PAD's se les solicita que emitan recomendaciones no vinculatorias; sin embargo, sería preferible, tanto para los empleadores como para los contratistas a largo plazo, la tercera opción, puesto que limita el impacto financiero que se produce cuando una controversia no se soluciona en el curso del proyecto. Este tipo de resolución de controversias se adoptó en los proyectos del Puente de Tagus y el Túnel del Canal.

Efectos en un procedimiento arbitral

En caso de decisiones semi-vinculatorias, si las partes no manifiestan su inconformidad dentro de cierto plazo, la decisión se vuelve obligatoria contractualmente. Si hay incumplimiento, cada parte puede iniciar un procedimiento arbitral que justamente versa sobre tal incumplimiento, por lo que el arbitraje tiene un alcance limitado. De esta manera, la decisión del PAD podría incorporarse a un laudo arbitral posterior y así lograr su ejecutabilidad.

Por otro lado, si cualquiera de las partes se opone a la decisión del PAD dentro del término previsto para tal efecto, la decisión no adquiere su obligatoriedad, por lo que cada parte puede iniciar un procedimiento arbitral que versa sobre el fondo del asunto. En dicho caso será recomendable que la decisión del PAD se admita como dictamen técnico-legal en el procedimiento arbitral, salvo que la inconformidad se haya basado en un error manifiesto o en la falta de imparcialidad del PAD u otras razones para su recusación

Conclusiones

El PAD trae consigo indudables ventajas y representará seguramente también un elemento importante en México, debido a la necesidad de realizar proyectos de infraestructura en plantas de electricidad, de tratamiento de agua, aeropuertos, carreteras etcétera, por lo que será conveniente que el gobierno mexicano reflexione sobre la oportunidad de incluir en futuras licitaciones internacionales este idóneo instrumento. En lo que se refiere al arbitraje, el PAD es sin duda un instrumento útil para obtener constancia sobre el origen y desarrollo de una desavenencia. El procedimiento arbitral puede tener dos índoles: (1) versar sobre el fondo del asunto, si el Propietario de la Obra o el Contratista rechazaron de plano la recomendación o decisión del PAD, o (2) versar sobre la cuestión del incumplimiento de la decisión del PAD solamente, una vez que tal decisión ha quedado firme.

El establecimiento de un PAD requiere normalmente de tres documentos contractuales como es el convenio de adjudicación de desavenencias entre el Propietario y el Contratista que normalmente se incluye en el contrato de

obra, las reglas de procedimiento y el contrato de servicios profesionales de adjudicación de desavenencias entre cada uno de los miembros del PAD y las partes contratantes de la obra.

Cabe mencionar que los primeros PAD en México cumplen con los estándares internacionales vigentes en 1999 y prevén la obligatoriedad de la decisión del PAD, salvo en caso de "manifestación de inconformidad". Sin embargo, aún no se trata de un PAD en su plena extensión, ya que el sistema tuvo que integrarse en contratos de obra existentes. Sin embargo, dichos PAD sirven para reducir significativamente los costos por controversias y acelerar la terminación de ciertas obras en este país.

Literatura:

Bowcock, John: The Four New FIDIC Forms of Contract - The Engineer Claims and the Dispute Adjudication Board, FIDIC (sept. – dic. 1998).

Genton, Pierre M.: The Role of the DRB in Long Term Contracts, Foundation Forum, The Dispute Review Board Foundation, 1999, pp. 4 ss.

Chapman, Peter H.J., Kaplan, Neil: Disputes Boards, Chartered Institute of Arbitrators, Cancun Conference, London, febrero 1999.

Chapman, Peter H.J.: Dispute Resolution and Rules Concerning the Concession Referee Board (CRB) (Generic), Draft Rules for the European Development Bank, noviembre 16, 1998.

Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils/International Federation of Consulting Engineers (FIDIC): General Conditions of Dispute Adjudication Agreement, en: Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects, first edition, 1999.

Jaynes, Gordon: The four New FIDIC Forms of Contract - Claims, Disputes and their Resolutions, FIDIC (sept. – dic. 1998).

Matyas, R.M./Mathews, A.A./Smith, R.J./Sperry, P.E.: The DRB Foundation Construction DRB Manual, McGraw-Hill Construction Services, M.D. Morris, PE, (ed.), 1996.

The World Bank: Supply and Installation of Plant Equipment, noviembre 1997, revisado enero 1999.

Wiegand, Christian: "Adjudication" – beschleunigte außergerichtliche Streiterledigungsverfahren im englischen Baurecht und im internationalen FIDIC-Standardvertragsrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 3/2000, pp. 197 ss.

LAS REGLAS CCI SOBRE DISPUTE BOARDS
Por. Lic. Rodrigo Zamora Etcharren.¹**1. INTRODUCCIÓN.**

La Cámara de Comercio Internacional recientemente emitió las Dispute Board Rules,² mismas que entraron en vigor el 1º de Septiembre de 2004 (las “Reglas”).³ El propósito de las mismas es el aportar a los comerciantes un método adicional de solución de controversias, adicional a los ya existentes.

Los Dispute Boards (“DBs”)⁴ normalmente son creados al inicio de una relación contractual y permanecen vigentes durante la vigencia del Contrato. Los miembros de un DB (los “Miembros”) conocen el Contrato y su desarrollo. Comúnmente son usados para contratos de mediano o largo plazo.

Las Determinaciones⁵ de los DBs no son ejecutables per se, pero pueden ser obligatorias contractualmente para las partes. El arbitraje continúa siendo el principal método de solución de controversias en el que los laudos son ejecutables per se.

Conforme a las Reglas, el Centro de DB de la CCI (ICC Dispute Board Centre) (el “Centro”) puede asistir a las partes en la prestación de servicios administrativos, incluyendo el nombramiento de Miembros de los DBs, decidir respecto de recusaciones de dichos Miembros y revisar Decisiones de los DBs.

2. CLASES DE DBS.

Las Reglas prevén los siguientes tres tipos de DBs:

2.1. Dispute Review Boards (DRBs).

Los DRBs emiten Recomendaciones respecto de las Disputas.⁶ Las partes pueden cumplir voluntariamente las Recomendaciones, pero no están obligadas a ello.

Las partes tienen 30 días desde que cada una recibe la Recomendación para notificar su desacuerdo con la misma; en caso de no hacerlo, la misma se torna obligatoria y las partes deberán cumplirla sin dilación, quedando obligadas a no atacar dicha Recomendación (en tanto dicho acuerdo sea válido). Si una parte no cumple una Recomendación que debía cumplir, la otra parte puede referir dicho incumplimiento a arbitraje (si fue pactado por las partes) o a un tribunal competente.

¹ Socio del Bufete Zamora Pierce. Coordinador del Comité de Arbitraje Comercial de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Egresado de la Escuela Libre de Derecho. Maestro por la Universidad de Nueva York (NYU).

² Este artículo en ocasiones incluye los términos en idioma inglés.

³ Publicación ICC 829. Esta publicación también incluye cláusulas modelo, un apéndice de costos y el contrato modelo para los Miembros de un DB (Model Dispute Board Member Agreement).

⁴ Término que incluye los DRBs, los DABs y los CDBs.

⁵ Término que incluye las Recomendaciones y las Decisiones.

⁶ El término ‘Disputas’ es definido en las Reglas como “any disagreement arising out of or in connection with the Contract which is referred to a Dispute Board for a Determination under the terms of the Contract and pursuant to the Rules”.

Si (i) una parte notifica en tiempo su desacuerdo con la Recomendación (pudiendo incluir sus razones), (ii) el DRB no emite su Recomendación en el plazo concedido para ello o (iii) el DRB se desintegra antes de emitir su Recomendación, la Disputa será sometida a arbitraje (si fue pactado por las partes) o a un tribunal competente.

2.2. Dispute Adjudication Boards (DABs).

Los DABs emiten Decisiones respecto de las Disputas. Desde que las partes son notificadas de una Decisión, están obligadas a cumplirla sin dilación, sin perjuicio de cualquier desacuerdo que tengan respecto de la Decisión.

Las partes tienen 30 días desde que cada una recibe la Decisión para notificar su desacuerdo con la misma; en caso de no hacerlo, la Decisión continuará siendo obligatoria, debiendo cumplirla las partes, obligándose a no atacar dicha Decisión (en tanto dicho acuerdo sea válido). Si una parte no cumple una Decisión que debía cumplir, la otra parte puede referir dicho incumplimiento a arbitraje (si fue pactado por las partes) o a un tribunal competente.

Si (i) una parte notifica en tiempo su desacuerdo con la Decisión (pudiendo incluir sus razones), (ii) el DAB no emite su Decisión en el plazo concedido para ello, o (iii) el DAB se desintegra antes de emitir su Decisión, la Disputa será sometida a arbitraje (si fue pactado por las partes) o a un tribunal competente. Mientras la Disputa no sea resuelta por arbitraje o de otra forma, o si el tribunal arbitral o juzgado no decide lo contrario, las partes continúan obligadas a cumplir la Decisión.

2.3. Combined Dispute Boards (CDBs).

Los CDBs emiten Recomendaciones (conforme a lo señalado para los DRBs) respecto de las Disputas, pero también pueden emitir Decisiones (conforme a lo señalado para los DABs). Si una parte solicita que respecto de cierta Disputa se emita una Decisión⁷ y ninguna otra parte objeta, el CDB emitirá una Decisión. Si una parte objeta la solicitud, el CDB resolverá si emitirá una Recomendación o una Decisión, para lo cual tomará en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (i) si debido a la urgencia de la situación u otras consideraciones de importancia, una Decisión facilitarían el cumplimiento del Contrato o prevendría la causación de daños o perjuicios considerables a una parte; (ii) si una Decisión prevendría la afectación del Contrato; y (iii) si una Decisión es necesaria para preservar pruebas.

3. ESTABLECIMIENTO DEL DB.

3.1. Aspectos Generales.

El DB será establecido de conformidad con lo pactado en el Contrato o, donde éste sea omiso, de conformidad con las Reglas. Si las partes no pactaron el número de Miembros integrantes del DB, éste se compondrá de tres Miembros.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando un Miembro deba ser reemplazado por muerte, renuncia o terminación, el nuevo Miembro será designado en la misma forma que el Miembro sustituido. En este caso, permanecerán válidas todas las acciones tomadas por el DB con anterioridad a la sustitución. Si el reemplazo de un Miembro se da en un DB de tres Miembros, los otros dos continuarán como Miembros. En este caso, mientras no se lleve a cabo el reemplazo, los otros dos Miembros se abstendrán de celebrar audiencias o emitir Determinaciones, salvo que cuenten con el acuerdo de las partes.

⁷ Si la solicitante de una Decisión es la parte que refiere la Disputa al CDB, la solicitud deberá hacerse en su Presentación del Caso. La solicitud por cualquier otra parte deberá ser hecha a más tardar en su Respuesta.

En cualquier caso en que el Centro deba designar a un Miembro, tomará en cuenta las cualidades del posible Miembro en relación con las circunstancias, disponibilidad nacionalidad e idioma, así como toda observación, comentario o petición de las partes.

A petición de parte, y si el Centro se encuentra satisfecho de que hay suficientes bases para proceder en esa forma, la designación de cualquier Miembro será hecha por el Centro.

3.2. DB de Un Miembro.

Si las partes acordaron que el DB se integre por un único Miembro, éste será designado por acuerdo de las partes. Si las partes no lo designan en los 30 días siguientes a lo que ocurra primero entre la firma del Contrato o el inicio del cumplimiento del Contrato, o en cualquier otro período que las partes pacten, a petición de parte el Centro designará al Miembro.

3.3. DB de Tres Miembros.

Si el DB se integra por tres Miembros, los primeros dos serán designados por acuerdo de las partes. Si las partes no designan a uno o a ambos Miembros en los 30 días siguientes a lo que ocurra primero entre la firma del Contrato o el inicio del cumplimiento del Contrato, o en cualquier otro período que las partes pacten, a petición de parte el Centro designará a ambos Miembros.

El tercer Miembro será propuesto a las Partes por los primeros dos Miembros en un término de 30 días contados a partir de la designación del segundo Miembro. Si las partes no designan al tercer Miembro en los 15 días siguientes a la recepción de la propuesta, o si los dos primeros Miembros no proponen al tercer Miembro, a petición de parte el Centro designará al tercer Miembro. El tercer Miembro fungirá como Presidente del DB, salvo que todos los Miembros del DB acuerden designar como Presidente a otro Miembro y las partes otorguen su consentimiento.

3.4. Recusación.

La parte que recuse a un Miembro por falta de independencia o cualquier otro motivo, deberá hacerlo dentro de los 15 días siguientes a que dicha parte haya tenido conocimiento de los hechos en que funda su recusación. El Centro decidirá la recusación tras haber otorgado al Miembro recusado, a los otros Miembros del DB y a la otra parte, la oportunidad de presentar sus comentarios. Si la recusación se declara fundada, el Contrato del Miembro se dará por terminado. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la vacante será llenada siguiendo el procedimiento usado en la designación del Miembro recusado.

4. OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DEL DB.

Por el hecho de aceptar fungir como Miembro de un DB, cada Miembro se compromete a cumplir con sus responsabilidades de conformidad con las Reglas. Salvo acuerdo en contrario de las partes, durante su desempeño en el DB, ningún Miembro podrá actuar en procedimientos judiciales, arbitrales o similares, relacionados con cualquier Disputa, sea como juez, árbitro, perito o representante o asesor de una parte. En específico cabe hacer mención de las siguientes obligaciones:

4.1. Independencia.

Todo Miembro debe ser y permanecer independiente de las partes. Para ello, cada posible Miembro de un DB deberá suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito cualesquiera hechos o circunstancias

susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. Esta obligación de informar continuará en vigor por todo el tiempo que el Miembro dure en sus funciones.

4.2. Confidencialidad.

Salvo acuerdo en contrario de las partes o requerimiento legal en contrario, toda información recibida por los Miembros durante su función en el DB será usada por los Miembros únicamente en el desarrollo de las actividades del DB y será tratada por los Miembros como confidencial.

4.3. Contrato de Miembro.

Antes de comenzar sus actividades, cada Miembro deberá firmar con las partes un Contrato de Miembro. Si el DB lo integran tres Miembros, los términos de los tres contratos deberán ser idénticos, salvo acuerdo en contrario de las partes y del Miembro en cuestión.

Las partes conjuntamente podrán en cualquier tiempo, sin causa y con efectos inmediatos, dar por terminado el contrato de cualquier Miembro, debiendo pagar al Miembro el Pago Mensual por un mínimo de tres meses siguientes a la terminación, salvo acuerdo en contrario de las partes y del Miembro en cuestión. Por su parte, cada Miembro podrá dar por terminado en cualquier tiempo su contrato, debiendo dar aviso por escrito a las partes con un mínimo de tres meses de anticipación, salvo acuerdo en contrario de las partes y del Miembro en cuestión.

4.4. Duración en Funciones.

El DB comenzará sus funciones cuando todos los Miembros del DB y las partes hayan firmado los Contratos de los Miembros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el DB terminará sus funciones cuando sea notificado por las partes de su decisión conjunta de disolver el DB. Toda disputa que surja con posterioridad a la disolución del DB será resuelta por arbitraje (si fue pactado por las partes) o por un tribunal competente.

5. OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN DE LAS PARTES.

5.1. Entrega de Información.

Las partes deberán cooperar totalmente con el DB, debiendo comunicarle cualquier información de manera oportuna. En especial, las partes y el DB deben cooperar para asegurarse de que, tan pronto como el DB sea constituido, el DB sea debidamente informado del Contrato y su cumplimiento por las partes. Las partes deben mantener informado al DB del desarrollo del Contrato y de cualquier desavenencia que surja. El DB informará a las partes del contenido, formato y frecuencia de todo reporte de avance que las partes deban hacer llegar al DB.

5.2. Juntas y Visitas de Sitio.

Al iniciar sus actividades, el DB deberá establecer un calendario de juntas y visitas de sitio (de ser aplicable al Contrato), debiendo su frecuencia ser suficiente para mantener informado al DB del cumplimiento del Contrato y de cualquier desavenencia. Salvo acuerdo en contrario de las partes y el DB, cuando el Contrato requiera visitas de sitio, deberá haber un mínimo de tres por año. Las partes y el DB deberán asistir a todas las juntas y visitas de sitio; si una parte no asiste el DB podrá proseguir con la misma; si un Miembro no asiste el DB podrá proseguir si así lo acuerdan las partes o si así lo decide el DB. Además de las contenidas en el calendario, cualquier parte podrá solicitar la celebración urgente de una junta o visita de sitio, debiendo los Miembros acomodar dicha petición a la brevedad posible, haciendo su mejor esfuerzo para que tenga lugar dentro de los 30 días siguientes a la solicitud. El DB elaborará un resumen escrito después de cada junta o visita de sitio, incluyendo una lista de los presentes.

6. PROCEDIMIENTO ANTE EL DB.

6.1. Aspectos Generales.

Los procedimientos ante los DBs son regidos por las Reglas y, en caso de silencio de éstas, por las normas que las partes o, en su defecto, el DB determinen. En todos los casos no previstos expresamente en las Reglas, el DB procederá según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose para que las Determinaciones sean emitidas de conformidad con las Reglas. El DB deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso. En específico, y salvo acuerdo de las partes en otro sentido, el DB podrá, enunciativamente:

- a) Determinar el idioma o idiomas del procedimiento, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes, incluyendo el idioma del Contrato;
- b) Requerir a las partes para que presenten los escritos adicionales que el DB considere necesarios para emitir su Determinación;
- c) Requerir a las partes para que entreguen los documentos que el DB considere necesarios para emitir su Determinación;
- d) Convocar a juntas, visitas de sitio y audiencias;
- e) Decidir todo aspecto procesal que surja durante cualquier junta, visita de sitio o audiencia;
- f) Hacer preguntas a las partes, sus representantes y cualquier testigo que citen, en el orden que el DB acuerde;
- g) Emitir una Determinación incluso si una parte ha incumplido con un requerimiento del DB;
- h) Adoptar medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial;
- i) Deliberar en cualquier lugar que considere apropiado antes de emitir su Determinación; y
- j) Tomar cualquier medida necesaria para desarrollar sus funciones.

Las decisiones del DB respecto de las normas que rijan el procedimiento serán tomadas por el Miembro único del DB o, cuando el DB lo integren tres Miembros, por mayoría de votos. A falta de mayoría, el Presidente del DB tomará la decisión él sólo.

Si el Contrato fue suscrito por más de dos partes, la aplicación de las Reglas será adaptada en la forma que proceda, a fin de acomodar la situación multiparte, sea por acuerdo de las partes o, en su defecto, por el DB.

Si una parte se niega u omite tomar parte en el procedimiento ante el DB o en cualquier etapa del mismo, el DB deberá proceder a pesar de dicha negativa u omisión.

Ni los Miembros del DB, ni el Centro, ni la CCI y sus empleados, ni los Comités Nacionales de la CCI, serán responsables frente a persona alguna de hechos, actos u omisiones relacionados con los procedimientos ante el DB.

6.2. Asistencia Informal.

De oficio o a petición de parte (en ambos casos con el acuerdo de las partes), el DB podrá ayudar informalmente a las partes en la solución de cualquier desavenencia que surja durante el desarrollo del Contrato. Esta asistencia puede darse durante una junta o una visita de sitio. Para ello, una parte deberá dar aviso al DB y a la otra parte con anticipación a la junta o visita de sitio que corresponda. La asistencia podrá tener lugar a través de una conversación del DB y las partes, juntas separadas del DB y una parte (con el acuerdo previo de las partes), puntos de vista informales del DB a las partes, una nota escrita del DB a las partes, o cualquier otra forma que facilite la

solución de la desavenencia. En caso de que una parte solicite al DB que emita una Determinación respecto de una desavenencia respecto de la cual el DB ha asistido informalmente a las partes, el DB no estará obligado o limitado por los puntos de vista (orales o escritos) que haya emitido durante la asistencia informal.

6.3. Presentación de una Disputa.

La parte que someta una Disputa al DB deberá hacerlo mediante la presentación escrita de su Presentación del Caso (Statement of Case) al DB y a la otra parte. La fecha de recepción de la Presentación del Caso por el DB será considerada como la Fecha de Inicio del Procedimiento. Las partes quedan en libertad de transar la Disputa en cualquier tiempo, con o sin la asistencia del DB. La Presentación del Caso deberá incluir:

- a) Una descripción clara y concisa de la naturaleza y circunstancias de la Disputa;
- b) Una lista de los puntos litigiosos por resolver en la Determinación y una presentación de su posición al respecto;
- c) Todo soporte de su posición, incluyendo documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- d) Una indicación de las pretensiones que solicita sean determinadas por el DB; y
- e) En caso de tratarse de un CDB, y si la parte desea que el CDB emita una Decisión, su solicitud correspondiente incluyendo las razones por las que considera que el CDB debe emitir una Decisión en lugar de una Recomendación.

6.4. Contestación.

Salvo acuerdo en contrario de las partes u orden en otro sentido del DB, la contraparte deberá presentar su Respuesta (Response) escrita dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Presentación del Caso. La Respuesta deberá incluir:

- a) Una presentación clara y concisa de su posición en relación con la Disputa;
- b) Todo soporte de su posición, incluyendo documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- c) Una indicación de las pretensiones que solicita sean determinadas por el DB; y
- d) En caso de tratarse de un CDB, su respuesta a la solicitud de la parte que presentó la Presentación del Caso de emisión de una Decisión o, si dicha parte no formuló tal solicitud, la Respuesta podrá incluir la solicitud correspondiente incluyendo las razones por las que considera que el CDB debe emitir la clase de Determinación que indique.

6.5. Audiencias.

Salvo acuerdo en contrario de las partes y el DB, deberá celebrarse una audiencia en relación con la Disputa, la cual deberá tener lugar dentro de los 15 días siguientes a que el DB reciba la Respuesta, salvo que el DB acuerde lo contrario. Todos los Miembros deberán acudir a la audiencia, salvo que el DB decida que se puede celebrar sin la presencia de algún Miembro. El DB tendrá la plena dirección de las audiencias. Las partes podrán comparecer en persona o a través de representantes debidamente acreditados que estén a cargo del cumplimiento del Contrato; asimismo, podrán estar asistidas por asesores. Salvo acuerdo en contrario del DB, y con independencia de la posibilidad de que el DB solicite a las partes resúmenes escritos de sus presentaciones, la audiencia se desarrollará en el siguiente orden:

- a) Presentación del caso por cada parte, iniciando la solicitante;
- b) Identificación por el DB de los temas que requieran aclaración adicional;
- c) Aclaraciones de las partes respecto de los temas identificados por el DB; y

- d) Respuesta de cada parte a las aclaraciones hechas por la otra parte, en tanto dichas aclaraciones hayan abordado nuevos temas.

6.6. Notificaciones y Plazos.

Toda notificación o comunicación deberá ser enviada a la última dirección registrada en el expediente de todos los Miembros del DB y a todas las partes, en la forma acordada entre las partes y el DB o por cualquier medio que provea prueba del envío. La notificación o comunicación se considerará efectuada el día en que haya sido recibida por la destinataria o por su representante, o en que debería haber sido recibida si fue hecha de conformidad con lo señalado en este párrafo.

Los plazos especificados en las Reglas o fijados de conformidad con las mismas comenzarán a correr el día siguiente a aquél en que una notificación o comunicación se considere efectuada. En el supuesto que dicho día fuere feriado o inhábil en el país donde la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo se computará a partir del primer día hábil siguiente. Los días feriado o inhábiles se incluyen en el cómputo de los plazos. En el supuesto que el último día del plazo coincida con un día feriado o inhábil en el país en que la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo vencerá al final del primer día hábil siguiente.

7. DETERMINACIONES DEL DB.

7.1. Tiempo Límite.

Salvo extensión acordada por las partes, el DB debe emitir su Determinación con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la Fecha de Inicio del Procedimiento. Si las partes han acordado que la Decisión sea examinada por el Centro, el tiempo límite se extenderá por el tiempo necesario para que el Centro lleve a cabo su examen previo, el cual deberá completarse en un plazo de 30 días; sin embargo, si se requiere tiempo adicional para dicho examen, el Centro lo notificará a las partes y al DB.

7.2. Contenido.

Las Determinaciones deberán contener:

- a) La fecha en que son emitidas;
- b) Las conclusiones del DB; y
- c) Los razonamientos que sirven de soporte de las conclusiones.

Las Determinaciones también podrán incluir:

- d) Un resumen de la Disputa, la posición de las partes y la Determinación solicitada;
- e) Un resumen de las estipulaciones relevantes del Contrato;
- f) Una cronología de los hechos relevantes;
- g) Un resumen del procedimiento seguido por el DB; y
- h) Una lista de los escritos y documentos presentados por las partes en el curso del procedimiento.

Si el DB está integrado por tres Miembros, el DB hará el esfuerzo de lograr unanimidad. Si ésta no se logra, la Determinación se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del DB dictará la Determinación él sólo. Todo Miembro que difiera con la Determinación deberá dar las razones para dicho desacuerdo en un reporte escrito separado, el cual no formará parte de la Determinación pero será notificado a las partes. La omisión de un Miembro de aportar dichas razones no impedirá la emisión o eficacia de la Determinación.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda Determinación será admisible en cualquier procedimiento judicial o arbitral en el que las partes del mismo hayan sido partes del procedimiento ante el DB en el que se emitió la Determinación.

7.3. Examen Previo por el Centro.

Por acuerdo de las partes, una Decisión de un DAB o un CDB podrá ser examinada por el Centro. En ese caso, antes de firmar la Decisión, el DB deberá someterla al Centro en forma de proyecto. Éste podrá ordenar modificaciones únicamente en cuanto a la forma de la Decisión. Dicha Decisión no podrá ser firmada por el DB ni comunicada a las partes antes de haber sido aprobada por el Centro.

7.4. Corrección e Interpretación.

El DB puede corregir de oficio cualquier error, de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar que contenga la Determinación, siempre y cuando dicha corrección sea comunicada a las partes dentro de los 30 días siguientes a la fecha de dicha Determinación.

Cualquier parte podrá solicitar la corrección de un error del tipo previsto en el párrafo anterior o la interpretación de la Determinación. Dicha solicitud deberá ser comunicada al DB dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Determinación por dicha parte. El DB otorgará a la otra parte, con el fin de que ésta presente sus comentarios, un plazo breve contado a partir de la recepción de la solicitud por dicha parte. Salvo ampliación acordada por las partes, la corrección o interpretación por el DB de la Determinación deberá emitirse en un plazo máximo de 30 días después del vencimiento del plazo otorgado a la otra parte para que exprese sus comentarios.

En caso de que el DB emita una corrección o interpretación de la Determinación, todos los plazos asociados con la Determinación volverán a comenzar con la recepción por las partes de la corrección o interpretación de la Determinación.

8. COMPENSACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL DB.

8.1. Aspectos Generales.

Los honorarios y gastos de los Miembros del DB serán divididos por partes iguales entre las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, si tres Miembros integran el DB, los tres serán tratados igualmente y recibirán los mismos Pagos Diario y Mensual. Salvo acuerdo en contrario en el Contrato del Miembro, los honorarios serán fijados por los primeros 24 meses siguientes a la firma del Contrato del Miembro, debiendo ser ajustados posteriormente en cada aniversario del Contrato del Miembro de conformidad con sus términos. Los gastos incurridos por los Miembros en el desarrollo de sus funciones serán reembolsados al costo. Las Reglas también regulan el proceso para el pago, los impuestos a pagar, y las consecuencias del incumplimiento de las partes en el pago de los honorarios y gastos de los Miembros.

Los honorarios y gastos comentados en este inciso son independientes de los gastos administrativos de la CCI por tres funciones: (i) designación de un Miembro del DB, (ii) resolución de una recusación de un Miembro del DB, o (iii) revisión de una Decisión de un DAB o CDB (si las partes así lo acordaron).

8.2. Pago Mensual.

Salvo acuerdo en contrario en el Contrato del Miembro, cada Miembro recibirá un Pago Mensual (Monthly Retainer Fee) de conformidad con dicho contrato, el cual será igual al triple del Pago Diario pactado en el Contrato del Miembro, y será pagadero desde la fecha de firma del Contrato del Miembro hasta la terminación del mismo. El Pago Mensual cubrirá lo siguiente: (a) la disponibilidad para atender todas las juntas del DB con las partes y las visitas de sitio; (b) la disponibilidad para atender juntas internas del DB; (c) tomar conocimiento y mantenerse al corriente con el Contrato y el avance de su cumplimiento; (d) el estudio de los reportes de avance y la correspondencia presentada por las partes en el curso de las funciones del DB; y (e) los gastos indirectos de oficina en el lugar de residencia del Miembro.

8.3. Pago Diario.

Salvo acuerdo en contrario en el Contrato del Miembro, cada Miembro recibirá un Pago Diario (Daily Fee) de conformidad con dicho contrato, el cual cubrirá el tiempo dedicado a las siguientes actividades: (a) juntas y visitas de sitio; (b) audiencias; (c) tiempo de viaje; (d) juntas internas del DB; (e) estudio de documentos presentados por las partes en los procedimientos ante el DB; (f) preparación de una Determinación del DB; y (g) coordinación y organización de la operación del DB.

**KOMPETENZ – KOMPETENZ A LA MEXICANA:
CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA
Por. Dr. Francisco González de Cossío*****I. INTRODUCCIÓN**

Existe contradicción entre Tribunales Colegiados de Circuito sobre a quien le corresponde la decisión acerca de la validez del acuerdo arbitral. Mientras que un Tribunal Colegiado sostiene que dicha facultad compete al juez, otro opina que le corresponde al árbitro. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) pronto decidirá sobre ello.

Este estudio comenta las decisiones de los dos colegiados (§II), el texto de donde parte la diferencia (§III), el diseño y objetivos de las normas en juego (§IV), su correcta interpretación (§V), su esencia e impacto (§VI), para concluir con un comentario final (§VII).

II. LA DRAMATIS PERSONAE

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Sexto TCC”) sostuvo¹ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral. El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Décimo TCC”) sostuvo² lo contrario: dicha facultad le corresponde al juez.

Si bien no abundaré sobre los recovecos procesales que tuvieron lugar en cada caso, resumiré la trayectoria, pues, en forma interesante, en ambos existió un zig-zag procesal (todos los órganos que intervinieron decidieron en forma distinta).

El primer caso (que dio lugar al **amparo en revisión 3836/2004**) comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por L.D.C., S.A. de C.V. (“LDC”) en contra de ADT Security Services, S.A. de C.V. (“ADT”) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“CANACO”). Los demandados opusieron una excepción de incompetencia del juez derivada de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. En respuesta,³ el Juzgado⁴ remitió a las partes al arbitraje. Fue la resolución que ordena la remisión el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito revocó dicho acto reclamado sosteniendo que no procede la remisión cuando se demanda la nulidad del acuerdo arbitral.⁵ En revisión, el Sexto TCC revocó al Juez de Distrito sosteniendo que dicha facultad le corresponde al tribunal arbitral.

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

¹ Amparo en revisión 3836/2004.

² Amparo en revisión 31/2005.

³ Para ser exactos, la incompetencia la decidió la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ordenando al a quo remitir a las partes al arbitraje.

⁴ Quincuagésimo de lo Civil del Distrito Federal.

⁵ Bajo el razonamiento que, de remitir, se decidiría implícitamente sobre la validez del acuerdo arbitral, y se sometería a las partes a la competencia de un juez particular creado por un acuerdo que una de las partes considera inválido.

En el segundo caso (que dio origen al **amparo en revisión 31/2005**) Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V. (“SED”) demandó a ADT y a la CANACO por la vía ordinaria mercantil. El juez remitió a las partes al arbitraje. SED apeló el auto de remisión y el a *quem*⁶ revocó la remisión. La decisión de apelación fue el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito⁷ amparó y revocó el acto reclamado. En revisión, el Décimo TCC consideró que el artículo 1424 del Código de Comercio impide al juzgador remitir a las partes al arbitraje cuando se compruebe que dicho acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, pues dicha determinación le corresponde al juez de origen (no al árbitro).

La contradicción se denunció. De conformidad con el artículo 197-A de la Ley de Amparo, la Corte decidirá sobre ello, y la respuesta hará jurisprudencia.⁸

A la fecha de elaboración de este estudio la Corte ya había decidido sobre la contradicción (“Contradicción”). Aunque ignoro su sentido (pues aún no es pública), en forma similar a la mentada muerte de Santiago Nasar en *Crónica de una Muerte Anunciada* (García Márquez),⁹ muchos tememos que el sentido sea en apoyo a la postura del Décimo TCC. A lo largo de este comentario abordaré la trama que explica dicha sospecha.

III. LA PUESTA EN ESCENA

El primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio establece que:

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

El primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio dispone que:

El **tribunal arbitral estará facultado para decidir** sobre su propia competencia, incluso **sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** (...)

Es el texto resaltado el que ha dado origen a la diversa interpretación. Mientras que el Décimo TCC considera que la facultad del juez bajo el artículo 1424 del Código de Comercio prevalece sobre la facultad del tribunal arbitral bajo el 1432, el Sexto TCC considera lo inverso.

Mientras que el Sexto TCC considera que la determinación de validez del acuerdo arbitral es parte de la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia, el Décimo TCC consideró que, al establecerse como excepción de la obligación de remitir al arbitraje el que el juez “compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, en caso de que en el juicio de origen se demande la nulidad del acuerdo arbitral, el juez tiene la obligación de seguir un procedimiento, con todas las formalidades esenciales de procedimiento, so pena de violar el artículo 14 de la Constitución Federal, y suponer la determinación que le compete realizar, pues, de remitir al arbitraje, actuaría como si el acuerdo arbitral fuera válido.

⁶ Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁷ Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal.

⁸ Tercer párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ Editorial Diana, México, 1989.

IV. EL GUIÓN ORIGINAL

Los artículos 1424 y 1432 constituyen el guión de una escena en donde interactúan dos actores: el juez y el árbitro. Cada uno tiene su papel cuidadosamente definido: el *juez* debe *remitir* y el *árbitro* debe *decidir*.

El dueto se explica por dos motivos. En primer lugar, para que la obligación de arbitrar sea cumplida, tiene que existir un mecanismo para canalizar una demanda judicial al foro arbitral. De lo contrario, dicha obligación carecería de eficacia. En segundo, de no ser facultad del árbitro decidir sobre su competencia, se llegaría a un resultado absurdo: de desear resolver controversias fuera de tribunales, tendría que acudir a tribunales (!).

La intención del autor del guión es clara: evitar frustrar el deseo de las partes —que celebraron un acuerdo arbitral— que *todas* sus controversias fueran resueltas por arbitraje. Si una de las diferencias reside en la validez del acuerdo arbitral, dicho accesorio debe seguir la suerte del principal: le compete al tribunal arbitral pronunciarse sobre ello.

Ante lo anterior, queda en manifiesto porqué el árbitro tiene que ser el actor principal, y es a él a quien le corresponde decidir sobre su competencia. El juez hace las veces del actor secundario; le corresponderá revisar dicha determinación, ya sea al momento de emisión de un laudo parcial,¹⁰ al momento en que se busque la nulidad¹¹ o el reconocimiento y ejecución del laudo.¹²

Podría preguntarse, ¿porqué entonces se le faculta al juez para realizar la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral? Después de todo, así lo establece expresamente el artículo 1424. La respuesta está en el diseño y objetivos de la norma: se trata de una válvula de escape excepcional que se creó con la finalidad de evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente palpable que el acuerdo arbitral no lo justifica. La causal debe ser *manifiesta*. *Evidente*. No debe quedar duda alguna. Y cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión; de lo contrario se violentaría el principio *competence competence*.

La aseveración anterior sobre el auténtico contenido de la norma encuentra sustento tanto en la historia legislativa, la doctrina, como en la interpretación más aceptada de la misma.

A. LA HISTORIA LEGISLATIVA

Empecemos con la historia legislativa. El grupo de trabajo que redactó el (antecedente de la Ley Modelo¹³ del) artículo 1424, con miras a procurar uniformidad hizo eco expreso de lo dispuesto en la Convención de Nueva York,¹⁴ misma que establece (artículo II.3):

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, **a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.**

¹⁰ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio.

¹² Artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio.

¹³ El artículo 1424 tiene como antecedente el artículo 8 de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "Ley Modelo").

¹⁴ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958. México depositó su instrumento de adhesión el 14 abril de 1971 y publicó el decreto de promulgación el 22 de junio de 1971.

Durante los debates de la Ley Modelo se sugirió incluir la palabra ‘manifiestamente’ antes de la palabra ‘nulo’ con miras a establecer un nivel de revisión bajo por el juez que ventile el mismo.¹⁵ La iniciativa no prosperó. Se consideró innecesaria pues se consensó que tal como estaba ya reflejaba dicha intención, y hacerlo hubiera restado uniformidad. Dos influyentes comentaristas¹⁶ opinan que, no obstante que no se incluyó, debe entenderse así puesto que el principio pro-ejecución/validez que permea en la Convención de Nueva York milita a favor de interpretar en forma estricta cualquier posibilidad de invalidez del acuerdo arbitral.¹⁷ Otros tratadistas opinan distinto.¹⁸

Como puede verse, la parte resaltada del artículo II(3) de la Convención de Nueva York es idéntica al artículo 1424 del Código de Comercio.¹⁹ Y la intención es que se interpretara en forma igual, haciendo eco tanto de la *ratio legis* como de su aplicación. Por ende, ahondar sobre su significado bajo la Convención de Nueva York resulta conveniente.

B. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York no reflejan mucha discusión sobre lo que se quiso decir por ‘nulo, ineficaz o inaplicable’.

Uno de los expertos más reconocidos sobre la Convención de Nueva York explica que la intención fue dejar claro que el juez carece de competencia para ventilar el fondo, y solo tendrá cierta jurisdicción ‘parcial’ o ‘subsidiaria’ para cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral, como lo son medidas precautorias.²⁰ En relación con la determinación de validez, sólo deberá ejercerse dicha excepción en casos extremos en los que claramente no existía un acuerdo arbitral, o el mismo era ostensiblemente ineficaz.²¹

Otra obra interesante que toca el tema enuncia los casos en los que un tribunal estatal puede retener jurisdicción, pero no abunda sobre el nivel de revisión que debe seguir un juez al momento de determinar si el acuerdo es ‘nulo, ineficaz o inaplicable’.²²

¹⁵ Reporte del Tercer Grupo de Trabajo (A/CN.9/233), párrafo 77, pg. 315.

¹⁶ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pg. 303.

¹⁷ En sentido similar Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958. TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981. pg. 155 (en lo sucesivo citada como “The New York Convention”). A su vez, Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION: SUMMARY OF COURT DECISIONS, en THE NEW YORK CONVENTION OF 1958, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l’arbitrage, agosto 1996, pg. 22.

¹⁸ Julian Lew opina que la negativa a incluir la palabra “manifiestamente” tiene por efecto el que un juez estatal pueda realizar una revisión más profunda (más que *prima facie*). (Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, 2003, para. 14-61, pg. 349.)

¹⁹ Existe una ligera diferencia textual, mas no conceptual. El artículo 1424 del Código de Comercio habla de “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, mientras que la Convención de Nueva York habla de “nulo, ineficaz o inaplicable”. Los términos ‘ejecución imposible’ del Código de Comercio e ‘inaplicable’ de la Convención de Nueva York tienen el mismo significado jurídico. (González de Cossío, ARBITRAJE, Porrúa 2004, pgs. 91-97.)

²⁰ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pg. 168.

²¹ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pgs. 154 a 161.

²² Domenico Di Pietro y Martin Platte, ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS, THE NEW YORK CONVENTION OF 1958, Cameron May, 2001, pg. 113 a 122.

No obstante el poco análisis al respecto, el objetivo parece haberse logrado. La mayoría de las cortes que han aplicado el artículo II(3) de la Convención de Nueva York han, la mayoría de las veces, simplemente remitido al arbitraje.²³ Sin embargo, el nivel de revisión de la determinación de ‘nulidad, ineficacia o inaplicabilidad’ es un tema abierto, por lo que analizar la forma en que diferentes judicaturas lo han interpretado y aplicado resulta conveniente.

C. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

La experiencia extranjera está dividida. Mientras que algunas jurisdicciones establecen que el juez nacional realizará una determinación en base a un nivel de revisión limitado (1), otras permiten una revisión más profunda (2), mientras que otras establecen un sistema mixto (3), y aun otras contemplan acciones de pronunciamiento previo por el juez local (4).

1. Nivel de revisión limitado

En Francia en artículo 1458 del *Code de Procedure Civile* establece que el juez debe declararse incompetente a menos que el acuerdo arbitral sea “manifiestamente nulo”. La interpretación que la Corte de Casación ha dado es estricta. El juez debe realizar una revisión preliminar (*prima facie*) de la existencia del acuerdo arbitral.²⁴ Lo mismo ocurre con Canadá²⁵ (que adoptó la Ley Modelo), y Hong Kong.²⁶

Debe admitirse que algunas jurisdicciones contemplan un texto similar a los artículos 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York, pero el nivel de revisión está por definirse, aunque el peso de la opinión parece ser que debe ser limitado. Tales son los casos de Bélgica²⁷ y Países Bajos.²⁸

²³ Jan Paulsson, *THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE – PROBLEMS OF ASSIMILATION*, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l’arbitrage, agosto 1996, pg. 103 – 104.

²⁴ *Coprodag v. Dame Bohin*, Corte de Casación francesa, 10 de mayo de 1995, *Revue de l’arbitrage* 617, 1995; y *Renault v. V 2000* (antes Jaguar France), Corte de Casación francesa, 21 de mayo de 1997, *Revue de l’arbitrage* 537, 1997; y *American Bureau of Shipping*, Corte de Casación francesa, 26 de junio de 2001.

²⁵ *Rio Algom v. Sammi Steel*, Ontario Court of Justice, 1 de marzo de 1991, XVIII YBCA 166 (1993); *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GMBH and others*, 7 de mayo de 1996, 6 ADRLJ 37 (1997).

²⁶ *Pacific International Lines (Pte) Ltd. v. Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*, Suprema Corte de Justicia de Hong Kong, 30 de julio de 1992, XVIII YBCA 180 (1993).

²⁷ Artículo 1679, párrafo 1, del Código Judicial, que dice: “Un juez ante quien se someta una controversia cubierta por un acuerdo arbitral deberá declinar su jurisdicción a solicitud de una de las partes, excepto cuando el acuerdo arbitral sea nulo o haya expirado con respecto a la controversia en cuestión”. (Mi traducción del texto: “A judge seized of a dispute which is covered by an arbitration agreement shall decline jurisdiction at the request of one of the parties, except where, with regard to the dispute in question, the arbitration agreement is invalid or has lapsed”.)

²⁸ Artículo 1022(1) del Código de Procedimiento Civil, que dice: “una corte ante la cual se haya sometido una controversia con respecto a la cual exista un acuerdo arbitral declarará que carece de jurisdicción si una de las partes invoca la existencia de dicho acuerdo arbitral antes de someter su defensa, a menos que el acuerdo sea inválido” (Traducción del autor. El texto original en inglés es: “[a] court seized of a dispute in respect of which an arbitration agreement has been concluded shall declare that it has no jurisdiction if a party invokes the existence of the said agreement before submitting a defense, unless the agreement is invalid”.)

2. Nivel de revisión profundo

Algunos autores consideran que un nivel de revisión que diste de ser limitado es posible en el contexto de la determinación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral.²⁹ Algunas jurisdicciones han seguido dicho camino. Por ejemplo, Estados Unidos, en donde en ciertos casos se ha interpretado el artículo II(3) de la Convención de Nueva York en el sentido de permitir una revisión total de la validez del acuerdo arbitral,³⁰ y en otros se ha decidido que la determinación de a quien corresponde la decisión de arbitrabilidad privada (es decir, cuando se controvierte el que las partes hayan acordado arbitrar) le corresponde al juez, a menos que las partes hayan expresamente dado dicha facultad al árbitro.³¹

3. Nivel de revisión mixto

En Suiza la respuesta ha sido interesante. Existe una dicotomía: cuando la sede es Suiza, se realizará una revisión *prima facie*; cuando no lo sea, el juez suizo debe hacer una revisión *total*. El motivo de la diferencia radica en que, mientras que una revisión de la jurisdicción del árbitro es posible en el laudo final, ello no es posible cuando la sede no es Suiza.³²

4. Acciones de previo pronunciamiento judicial sobre la jurisdicción del tribunal arbitral

Ciertas jurisdicciones contemplan la posibilidad de entablar una acción especial para que el juez realice una determinación preliminar sobre la jurisdicción del árbitro. Este es el caso de Estados Unidos,³³ Inglaterra³⁴ y Alemania.³⁵

Dicha posibilidad es expresamente rechazada en la Ley Modelo, en donde la revisión sólo puede hacerse del laudo, sea parcial (sobre jurisdicción) o final (al momento de ventilar la nulidad o el reconocimiento y ejecución).

D. LA DOCTRINA

El tema de este drama está íntimamente relacionado con una de las instituciones arbitrales más típicas: el principio Kompetenz-Kompetenz.

²⁹ Lew *et alii*, pg. 347.

³⁰ *Sandvik AB v. Advent International Corp.*, XXVI YBCA 961 (2001), pg. 968.

³¹ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* (514 U.S. 938), Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, 1985.

³² *Compagnie de Navigation et de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, 16 de enero de 1995, 121 III ATF/BGE 38; *Foundation M v. Banque X*, 29 de abril de 1996, ATF/ 122 III 139. En *Fomento de Construcciones y Contratos SA v. Colon Container Terminal SA, Int*, ALR N-28 [2001] la corte concluyó que no existe sustento para alegar que el tribunal arbitral debe tener prioridad en decidir su jurisdicción.

³³ Secciones 4, 206 y 303 de la *Federal Arbitration Act*. Ver *Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.* (388 US 395, 1967), y *Sedco Inc. v. Petroleos Mexicanos Nat'l Oil Corp.* (767 F 2d 1140, 1145 (5th Cir 1985)).

³⁴ Sección 32 de la *1996 Arbitration Act* que establece una facultad limitada del juez para revisar la jurisdicción del árbitro, permitiendo un previo y especial pronunciamiento sobre el tema.

³⁵ Sección 1032(3) del ZPO. *Oberlandesgericht Hamm*. 10 de febrero de 1999, RPS 2/1999, Supplement 11 *Betriebsberater* 38/1999. En Alemania se favorece la revisión limitada a menos que lo que se demande es la determinación por el juez que el tribunal arbitral es competente, en cuyo caso la revisión deja de ser limitada.

En su origen, dicho principio significó que el tribunal arbitral era *el único* juez de su competencia (la escuela alemana). Luego se matizó: el árbitro es *el primer* juez de su competencia, sujeto a la determinación final que haga el juez competente (la escuela francesa).

La escuela francesa constituye el paradigma en vigor. Sin embargo, no resuelve una interrogante: el *momento* en que el juez debe realizar dicha determinación: ¿antes, durante o después del procedimiento arbitral? La Ley Modelo da respuesta a dicha interrogante proveyendo que es el árbitro a quien le corresponde resolver primero, sujeto a la revisión final del juez competente.³⁶

Dicha solución es elocuentemente explicada por uno de los decanos del arbitraje: Gerold Herrmann. En su (frecuentemente citado) estudio *'The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts'*³⁷ Herrmann explicaba el juego entre el juez y el árbitro con la descripción de lo que, en mi opinión equivocadamente,³⁸ se ha conocido en castellano como la "Teoría de los Disparos". Dicha teoría postula que la primer determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (el 'primer tiro') le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (y final) le corresponde al juez competente.

Comentaristas importantes explican dicha interrelación como una "carrera de relevos"³⁹ en la que el juez y el árbitro tienen tiempos distintos. Primero, la estafeta está en manos del juez, quien debe pasarla al tribunal arbitral mediante la remisión al arbitraje, y a quien le corresponde resolver sobre el fondo mediante la emisión del laudo. Una vez que ello tenga lugar, la estafeta pasa de nuevo al juez para ventilar la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo.

Otro practicante (Goldman⁴⁰) califica la relación entre el juez estatal y tribunal arbitral como una "asociación" de conformidad con la cual a cada parte le corresponden obligaciones distintas.

Como puede observarse, si bien las metáforas varían, el contenido de la norma es generalmente aceptado: el árbitro decide *primero*; el juez decide *en definitiva*.

V. LA ACTUACIÓN DEL GUIÓN POR DIFERENTES ACTORES

Es sabido que el intérprete de un guión le da su sabor al mismo. Ello no solo es natural, sino bienvenido. Sin embargo, el estilo no puede derogar la esencia (el texto), so pena de incumplir su tarea principal (y la intención del autor).

Como puede apreciarse del texto y la interpretación judicial y doctrinaria del artículo 1424, el nivel de revisión por el juez de lo que constituye un acuerdo arbitral nulo, ineficaz o inaplicable es (era) un tema abierto. Por ende, era natural que el tema se litigara en algún momento. Sin embargo, existen buenas y malas interpretaciones —y la

³⁶ Dicha 'solución intermedia' ha sido aplaudida en muchos foros pues tiene la ventaja de permitir una revisión judicial de la jurisdicción del árbitro sin premiar tácticas dilatorias.

³⁷ ICCA Bahrain Arbitration Conference, 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, pg. 48.

³⁸ No deseo parecer iconoclasta, pero el motivo por el que considero que hay un ligero error obedece a que dicha teoría en inglés postula que el árbitro tiene el "First Shot" para conocer de la validez del acuerdo arbitral, y el "Second Shot" le corresponde al juez. El contexto en el que se utiliza "shot" me hace pensar que el maestro Herrmann más bien se refería a 'oportunidad', no 'balazo' (en inglés coloquial un 'shot' es una oportunidad). Como puede observarse, aunque fuera mal entendido, el mensaje permanece incólume.

³⁹ Lord Mustill, COMMENTS AND CONCLUSIONS, en CONSERVATORY & PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 9th Joint Colloquium, ICC Publications 1993. Dicha postura es citada con aprobación por Alan Redfern y Martin Hunter (LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Sweet & Maxwell, London, third edition, pg. 343).

⁴⁰ THE COMPLEMENTARY ROLE OF JUDGES AND ARBITRATORS, ICC Publication No. 412, pg. 259.

distinción radicaré en la medida en que se apegan al texto, incluyendo su interpretación teleológica y funcional. Es bajo dicho criterio que debe medirse la calidad del derecho generado. Bajo dicha perspectiva, en mi opinión, el Sexto TCC es más acertado que el Décimo TCC.

En justicia, es cierto que la distinción no es fácil. También es cierto que hay argumentos textuales⁴¹ y prácticos⁴² que apoyan ambas posturas. Sin embargo, existe una verdad jurídica que el redactor de la norma buscaba.

También es cierto que existen elementos para considerar que hay un traslape de facultades en la determinación de validez del acuerdo arbitral entre el árbitro y el juez. Dicha conclusión es invitada por la última parte del primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio.⁴³ Pero no es la mejor interpretación.

El verbo “remitirá” (al arbitraje) en el artículo 1424 es imperativo. No da discreción; solo obligación. El juez local debe abstenerse de conocer tanto del fondo de la controversia como de la competencia del tribunal (de cuyo género forma parte la validez del acuerdo arbitral). Esto es claro. Y no es objeto de discusión. Pero la trama de la obra (la esencia del debate) no radica en esto. Se centra en un aspecto mucho más sutil e indefinido: no obstante que le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, dado que la remisión está exceptuada a la determinación *por el juez* de la validez del acuerdo arbitral, ¿debe entenderse que, en ejercicio de la facultad de remitir al arbitraje, es sólo al juez a quien le corresponde dicha determinación?⁴⁴

La respuesta es negativa. Dicha determinación le corresponde al árbitro. El juez podrá revisar la conclusión a la que llegue el árbitro, pero sólo una vez que el árbitro se haya pronunciado. No antes. De lo contrario, existirían cuatro⁴⁵ instancias judiciales para analizar la validez del acuerdo arbitral (sin contar recursos y amparos). Y *competence de la competence* no significará que es primero al árbitro a quien le corresponde decidir sobre su competencia, sino ‘es a veces al árbitro a quien le corresponde decidir primero sobre su competencia’. El efecto derogatorio del principio es evidente.

VI. EL TROPIEZO JUDICIAL Y SU (VERDADERO) IMPACTO

En esencia, la interpretación del Décimo TCC es errónea puesto que:

1. Es contraria al espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York;

⁴¹ Por ejemplo, podría argumentarse que la utilización del verbo ‘comprobar’ en la oración “El tribunal ... remitirá a las partes al arbitraje... a menos que **compruebe** que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” necesariamente implica que el juez debe seguir un procedimiento en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, so pena de violar el artículo 14 Constitucional.

⁴² Por ejemplo, puede decirse que la determinación preliminar por el juez da certeza y ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con el riesgo que el juez eventualmente determine que carecía de competencia, lo cual generaría desperdicio. Pero también existen desventajas: invita chicanas y es contrario al deseo de las partes al pactar un acuerdo arbitral.

⁴³ Como así lo consideró el Décimo TCC. En forma relevante, existe inclusive otro argumento textual que no he escuchado a nadie decir: si el deseo legislativo fue que un juez local se abstuviera de decidir hasta que el tribunal arbitral haya decidido sobre su competencia, ello pudo haberse establecido expresamente en el artículo 1424, como se ha hecho en otros instrumentos; por ejemplo, el artículo 7(3) de la Convención Europea de 1961.

⁴⁴ Entendido de esta manera queda en manifiesto que no se trata de una violación al deber de referir al arbitraje o la violación por el juez de lo que se conoce en la doctrina como el efecto negativo del acuerdo arbitral (la obligación del juez de no conocer del fondo de la controversia), pues no conocerá del fondo, solo de la validez del acuerdo arbitral.

⁴⁵ Al momento de la remisión (artículo 1424), una vez emitido el laudo parcial jurisdiccional (tercer párrafo del artículo 1432), al momento de la nulidad (artículo 1457(I)(a)) y al momento del reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1462(I)(a)).

2. Amputa los efectos de la frase “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje” contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le de efecto).
3. Inventiva (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro. (Además de poderla revisar al final⁴⁶ y durante,⁴⁷ también lo podrá hacer al inicio.)
4. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio.
5. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no-judicializado.

Sin embargo, no hay por qué ser alarmista. Si bien desafortunada, la decisión no implica la muerte del arbitraje o de su eficacia. El derecho arbitral cuenta con instrumentos que reducen el impacto negativo de la decisión. Ante una solicitud de pronunciamiento judicial de la validez del acuerdo arbitral el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento. No está obligado a detenerlo. El segundo párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio le da dicha facultad, misma que fue diseñada expresamente para que el árbitro pueda evitar que una táctica dilatoria sea exitosa. A su vez, de tener mérito la solicitud, el árbitro puede suspender el procedimiento en aras de obtener un pronunciamiento judicial y evitar el tener que seguir un procedimiento arbitral en base a un acuerdo arbitral posiblemente inválido. Como puede verse, se trata de una facultad cuidadosamente calibrada para eficientemente abordar situaciones procesales ubicadas en polos opuestos. Lo único que se requiere es un árbitro sofisticado.

Ante lo anterior, podría preguntarse entonces si en verdad es desafortunada la postura del Décimo TCC. Después de todo, la determinación judicial previa dará seguridad jurídica y en verdad no entorpecerá el procedimiento arbitral.

La aseveración sobre los efectos es verdadera, pero la conclusión es falsa. Es cierto que el derecho arbitral remedia el efecto (otrora) negativo de la mala decisión. Pero ello no resta que sea justamente eso: mal derecho.

El motivo es que se está ignorando el diseño del esquema. De hecho, se está repitiendo un debate que tuvo lugar hace muchas décadas: ¿quién debe decidir la jurisdicción del tribunal arbitral? —¿el juez o el árbitro? Fue dicho debate el que dio origen al principio Kompetenz-Kompetenz (o, más bien, su enunciación vigente: *competence de la competence*), y su consagración en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

Como puede verse, la postura del Décimo TCC ignora décadas de historia y experiencia arbitral, y revive un debate superado. Desconocer dicho debate y experiencia, así como sus efectos y objetivos, es un caso de ignorancia supina. Inclusive, me recuerda el aforismo del historiador Carlos Santayana: quien ignora la historia está condenado a repetirla.

En caso de que los temores se actualicen y la Corte adopte la postura del Décimo TCC, para que dicha desafortunada decisión no se torne en una tragedia, existen ciertos pasos que pueden tomarse, y que se sugieren:

1. Que los jueces que conozcan de la determinación de validez del acuerdo arbitral adopten un estándar de revisión limitado. Por ejemplo, *prima facie*.⁴⁸ De esta manera, se cumplirá tanto con el mandato de la

⁴⁶ En el contexto de la nulidad (artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio) y reconocimiento y ejecución (artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio).

⁴⁷ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

Contradicción (suponiendo que su sentido sea el anticipado), como con el objetivo que originalmente tuvo el precepto.

2. Que se realice sumariamente. Es decir, que los pasos y tiempos procesales que se sigan sean rápidos, y se resuelva desde luego.
3. Que, en casos de solicitudes frívolas, temerarias o que busquen únicamente retrasar o entorpecer el procedimiento arbitral, el juez sea proclive a realizar condenas en costas judiciales. De esta manera se confeccionará una norma auto-equilibrante.⁴⁹

En resumen, de seguirse los pasos descritos (una aplicación *expedita* aunada a un nivel de revisión *limitado*) se corregiría el error, devolviéndole su sentido original a la norma.

Los estudiosos de la técnica jurídica encontrarán estímulo en esto, pues será mediante la forma de *aplicación* de la norma que se corregirá (o, más bien, subsanará) la errada *interpretación* de la misma.

VII. COMENTARIO FINAL DE LA OBRA

Tal como en la (extraordinaria) novela de Don Gabriel García Márquez *Crónica de una Muerte Anunciada*, este estudio comienza anticipando un infortunio futuro. Admito que no tengo certeza sobre ello. Sólo sospechas. Pero —y como en la citada novela— las sospechas las compartimos varios.

En este estudio se busca evitar incurrir en el error cometido por todos los conocidos de Nasar: callar las anunciadas intenciones de los gemelos Vicario, que propició que Santiago Nasar fuera —en palabras de García Márquez— ‘destazado como un cerdo’.

De materializarse el evento (que la Contradicción apoye la postura del Décimo TCC), se degollará el principio *competence competence*, y se generará una jurisprudencia que constituye mal derecho. Los motivos han sido detallados, al igual que sus efectos.

Para que el arbitraje funcione tanto los tribunales arbitrales como la judicatura deben entender el papel que juegan. No compiten. *Cooperan*. La sinergia que el derecho arbitral contempla descansa en una cuidadosa distribución de papeles; tal como sucede en una obra de teatro. De allí el paralelismo que a lo largo de este documento se traza

⁴⁸ Vale la pena realizar un comentario sobre lo que significa *prima facie*. Es el nivel de prueba más bajo que existe. Se distingue de otros niveles de prueba como lo son ‘preponderancia’ (*by the preponderance of the evidence*) que es el umbral probatorio utilizado por algunas jurisdicciones en materia civil y mercantil, y ‘sin duda razonable’ (*beyond a reasonable doubt*) que es el nivel probatorio requerido en materia penal. En el nivel de prueba *prima facie*, lo único que se requiere es una prueba, aunque no sea persuasiva o contundente, aunque inclusive genere más dudas de las que resuelva, para hacer una determinación *preliminar*. La determinación *final* sobre el hecho controvertido la realizará el órgano competente para ello, valorando todas las demás pruebas y analizando los argumentos jurídicos y fácticos sobre ello.

⁴⁹ Por norma “auto-equilibrante” deseo aludir a normas que en su diseño contemplan mecanismos que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces. Pondré un ejemplo (apalancándome en el tema objeto de discusión). En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo **uso** de un derecho se convierte en **abuso** del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le haría un contra-servicio. Los efectos accesorios son importantes: habrán menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad. (El término “auto-equilibrante” no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.)

entre ambos. Para que la obra logre el objetivo deseado, los actores deben seguir el guión. Pueden darle su sabor, pero deben seguirlo al pie de la letra. De lo contrario, estarán o sobre- o sub-actuados; y los perjudicados serán la obra y el público.

La decisión del Décimo TCC sobreactúa el papel del juez de la remisión. Mal-interpreta el guión y lo reescribe—desafortunadamente con menos tino y elocuencia que el redactor original. Es de esperarse que la postura se rechace. En caso contrario (es decir, en caso de que la postura del Décimo TCC sea seguida por la Contradicción), es de esperarse que el tiempo demuestre que la postura es mal derecho y que eventualmente la Corte corrija el sentido de dicha jurisprudencia, buscando que cada actor se ciña a su papel.

El zig-zag procesal merece un comentario. Se ha dicho que ello refleja ignorancia de la judicatura sobre la materia. Disiento. Se trata de un tema abierto y que no es evidente. Las diferentes posturas eran de anticiparse. Y es por ello que su definición por la Contradicción es importante.

No quiero concluir sin antes comentar un pasaje de la sentencia del Décimo TCC:

“...del [1424] se conduce a establecer que respecto de la acción de nulidad de un acuerdo de arbitraje, un juez será el competente para decidir sobre esa nulidad, si se ejerce la acción ante él, empero tal acción no impide que se inicien o continúen las actuaciones arbitrales e incluso se puede dictar el laudo en tanto esté pendiente ante el juez la decisión de la nulidad, como lo dispone el mismo precepto legal.”⁵⁰

Dicho pasaje constituye el punto de partida del desvío del razonamiento del Décimo TCC. La desviación es exigua, casi imperceptible, por lo que es fácil pasarla por alto. Pero —y si se me permite aun otra metáfora— sucede como con las embarcaciones cuyo timón está ligeramente mal dirigido. Quienes veléan me entenderán. Lo que en un inicio constituye una diferencia imperceptible, conforme se avanza, arroja un resultado diametralmente opuesto al que debió tener: la barca arriba a otro puerto. Es esto lo que sucedió con el Décimo TCC: una premisa de su razonamiento estaba irrisoriamente desviada, y la conclusión sufrió las consecuencias.

⁵⁰ Recurso de revisión 31/2005, sentencia del 1º de marzo de 2005, pgs. 61 – 62.

**Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros,
comentarios a la Tesis CXIX/2005 de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Por Dr. Leonel Perznieto Castro.*
y Dr. James Gram.****

La tesis que se comenta establece lo siguiente: SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO. SU RECONOCIMIENTO Y POSTERIOR EJECUCIÓN NO REQUIEREN DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE LA NACIÓN DE DONDE PROVIENEN Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme a los artículos 1347-A, fracción III, del Código de Comercio y 571, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Civiles, las sentencias dictadas en el extranjero podrán ejecutarse en territorio nacional si se demuestra que el Juez o tribunal sentenciador era competente para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional, compatibles con las adoptadas por dichos códigos. Ahora bien, las expresiones "reglas reconocidas en la esfera internacional", o "en el derecho internacional" utilizadas en dichos preceptos, no implican que deba existir un instrumento internacional firmado entre México y el país de donde provenga la sentencia para que ésta pueda reconocerse y ejecutarse, en tanto que la interpretación literal y sistemática de dichas frases abarca mucho más que los tratados internacionales. En efecto, el derecho internacional privado puede dividirse en dos grandes categorías: el interno, constituido primordialmente por las leyes mexicanas que establecen reglas aplicables a los mexicanos en sus relaciones con ciudadanos extranjeros, y el convencional, integrado esencialmente por los instrumentos internacionales que los Estados Unidos Mexicanos firman con Estados u organizaciones internacionales. Cuando se interpreta una disposición, es necesario considerar las restantes del sistema jurídico del que forma parte, lo cual hace imperativa una referencia primaria al resto de las normas que sobre la cuestión puedan contener los códigos referidos. Ello obliga a atender a los artículos 554 y 556 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio al Código de Comercio, que establecen normas expresas sobre el reconocimiento de la competencia de las autoridades jurisdiccionales extranjeras en el marco de los procedimientos de exequatur, lo cual confirma que no es imprescindible la existencia de los tratados internacionales al respecto, ya que existen normas legales que disciplinan la cuestión de la competencia del tribunal de origen. ††

En la presente tesis aislada, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de la existencia de "reglas reconocidas en el derecho internacional" establecidas en el artículo 1347-A fracción III del Código de Comercio (Ccom) así como la expresión "reglas reconocidas en la esfera internacional" de la fracción tercera del artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) en materia de ejecución de sentencias extranjeras. En este asunto, se discutió la posibilidad de ejecutar una sentencia extranjera procedente de un país con el cual México no tiene un convenio internacional sobre la ejecución de sentencias judiciales. Partiendo

* Leonel Perznieto Castro. Profesor en la UNAM, Consejero en Von Wobeser y Sierra, S.C.

** James A. Graham, Profesor en la UANL, Socio de Lobo & Graham.

†† Tesis aislada. Amparo en revisión 887/2005. Le Reve Hotel Limited Liability Company. 13 de julio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar. Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Octubre de 2005 Tesis: 1a. CXIX/2005 Página: 705 Materia: Civil.

de ese hecho, el quejoso planteó a la SCJN que la expresión “derecho internacional” debe entenderse como “derecho internacional público” y se refiere consecuentemente a reglas contenidas en los tratados internacionales. Se sabe que aún existen Estados, como Rusia por ejemplo^{##}, que no admiten formalmente la posibilidad de ejecutar sentencias judiciales procedentes de países con los cuales no se tiene celebrado un tratado en la materia. Sin embargo, para los ministros de la Primera Sala del más alto Tribunal de México, el término de “derecho internacional” o “esfera internacional” en este marco se debe leer como referencia al “derecho internacional privado” cuyas reglas pueden ser de origen convencional o legislativo (I). Desafortunadamente, en lugar de clarificar, la tesis confunde conceptos y no define un método correcto para el caso de ejecución de sentencias extranjeras (II).

I. Según la SCJN, la expresión “derecho internacional” o su equivalente “reglas en la esfera internacional” se refiere tanto al derecho internacional privado convencional como al derecho internacional privado común, este último contenido en el Código de Comercio y, supletoriamente, en el CFPC. Consecuentemente, el argumento del quejoso en el sentido de que se requiere un tratado para poder ejecutar una sentencia extranjera no tiene sentido. Al contrario, en ausencia de un tratado en la materia, la sentencia extranjera debe ser ejecutada según las reglas del derecho común.

En realidad, el argumento del quejoso fue mal planteado. En lugar de referirse a la fracción III del artículo 1347-A del Código de Comercio, hubiera sido más preciso invocar la fracción I que establece que las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se han cumplido (con ellas) “las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero”. En efecto, la disposición da a pensar que la ejecución de una sentencia extranjera en materia comercial, solo puede efectuarse mediante una carta rogatoria que necesariamente tiene que ser tramitada según las “formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte”. La disposición no dice lo que debe hacerse cuando la sentencia proviene de un país con el cual México no tiene un convenio internacional en materia de exhortos o cartas rogatorias. Conforme al razonamiento de la Suprema Corte, cuando “se interpreta una disposición, es necesario considerar a las restantes (disposiciones) del sistema jurídico del que forma parte, lo cual hace imperativa una referencia primaria al resto de las normas que sobre la cuestión puedan contener los códigos referidos”, no cabe duda que el artículo 549 CFPC^{##} da pauta a ejecutar una sentencia extranjera obteniendo el exhorto según el derecho común en ausencia de cualquier acuerdo internacional.

En conclusión, tanto el exhorto como la ejecución de la sentencia pueden tramitarse según el derecho común. La conclusión de la Corte es correcta pero no así su razonamiento para llegar a tal conclusión.

En efecto, según la tesis, son los artículos 554 y 556 CFPC que establecen normas expresas sobre el reconocimiento de la competencia de las autoridades jurisdiccionales extranjeras, siendo un requisito *sine que non* para la exequatur la competencia del juez de origen. Sin embargo, los mencionados preceptos en realidad tratan única y exclusivamente del exhorto^{***}, mientras que la disposición pertinente es el artículo 564 CFPC que dispone que “será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de

^{##} El marco legislativo ruso exige un tratado para poder ejecutar una decisión extranjera; no obstante, por una reciente decisión *contra legem*, la Suprema Corte admitió la posibilidad de ejecutar fuera de cualquier marco convencional: *Banque populaire de Moscou*, 5/4/02, *Rev. crit.*, 2003.100, obs. Kouteva-Vathelot.

^{##} “Los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él se ajustarán a lo dispuesto por los artículos siguientes, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte”.

^{***} Artículo 554: “Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán homologación cuando impliquen ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto por el Capítulo Sexto de este Libro. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán sin formar incidente”. Artículo 556: “Los tribunales que remitan al extranjero o reciban de él, exhortos internacionales, los tramitarán por duplicado y conservarán un ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado”.

sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos”.

En otras palabras, en ausencia de reglas convencionales, el actor que busca la ejecución de la sentencia extranjera tiene que comprobar que el juez quien emitió la sentencia fue competente según reglas de competencia “compatibles o análogas” con el derecho mexicano. Sin embargo, una concepción de la competencia indirecta de esta naturaleza no es necesariamente la más adecuada.

II. México en su legislación adoptó una versión moderada la doctrina de la bilateralidad^{†††} con un toque de unilateralismo que tiende a proteger las competencias directas exclusivas del forum. En ausencia de cualquier exclusividad, la competencia directa del juez extranjero se verifica según la *lex fori* pero de manera moderada; es decir, que no se exige como en la doctrina alemana del *Spiegelbild*^{†††} una adecuación perfecta entre las reglas extranjeras y las del forum sino que el tribunal extranjero debió ser competente según reglas de competencia “compatibles o análogas” a las del derecho nacional. Un razonamiento de este tipo no es el más propicio para el tráfico internacional en materia decisiones judiciales porque no hay razón para pensar que los criterios mexicanos de competencia sean los únicos válidos. En realidad lo que se plantea aquí –y que la SCJN omitió- es la necesidad de adoptar el principio de proximidad en materia de exequatur, que no tiene la desventaja del laxismo absoluto del unilateralismo simple^{§§§} como lo practica por ejemplo Brasil^{****}. Es por eso que España adoptó el principio de la proximidad en su dimensión negativa que prevé sólo el caso de un criterio exorbitante de competencia en la emisión de la sentencia^{††††}. Francia, por su lado, consagró la proximidad en su dimensión positiva estableciendo que el tribunal de origen debió haber tenido un vínculo significativo con el asunto juzgado^{†††}.

En realidad, al formulación de la regla mexicana en materia de competencia indirecta es bastante flexible si se le da una interpretación “proximista”^{§§§§} del término “compatible” y “análogo”. En efecto, es suficiente sostener que la compatibilidad no tiene que ser en la formulación sino en el espíritu. Por ejemplo, una cosa es decir que el criterio de la residencia habitual es compatible con el criterio del domicilio; y otra cosa es denegar una decisión que se funda sobre el criterio de la nacionalidad porque en derecho mexicano no existe ningún criterio análogo. Sin embargo, si se acepta la idea de que la compatibilidad debe hacerse según el objetivo de las reglas, entonces es posible que un criterio de competencia directa totalmente desconocido en nuestro derecho puede ser “compatible” si garantiza un vínculo serio entre el litigio y el tribunal. Una forma de análisis de este tipo permitiría una mejor eficiencia en materia de cooperación judicial internacional, sin implicar una cualquier reforma legislativa.

††† La doctrina tiene su origen en un caso francés que tuvo por objeto de saber si fuera posible ejecutar una sentencia de divorcio de un juez de Ciudad Juárez del Estado de Chihuahua que pronuncio la decisión sin que de alguien de los cónyuges tuvo domicilio en Mexico (CA Paris, *De Gunzbourg*, 18/6/64, *Clunet*, 1964.810, Bredin).

†††† Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7.ed., Munich, CH Beck, 1995.815. Italia por ejemplo también tiene el mismo sistema: Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, T. I, Torino, UTET, 2000.156.

§§§ Recordamos que el unilateralismo simple consiste a medir las reglas de competencia indirecta según las reglas de competencia directa del Estado de donde proviene la decisión judicial (Ancel & Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3. ed. Paris, Dalloz, 1998.527, 530).

**** De Araujo, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.268.

†††† Fernández Rozas & Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 3. ed., Thomson Civitas, 2004. 225 sq.

††††† Civ¹, *Simitch*, 6/2/85, *Clunet*, 1985.460, Huet ; Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *RCADI*, v. 1, 1986.177 sq.

§§§§ Graham, *El derecho internacional privado del comercio internacional*, México, Themis, 2003.53 sq

La participación de contadores en el arbitraje Por. Dr. Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

En forma creciente se observa la participación de contadores en arbitraje comercial internacional. Dicha participación tiene lugar tanto como expertos en materia contable, como árbitros.

En este estudio realizaré un comentario sobre las implicaciones tanto teóricas como prácticas que ello tiene, y brindaré algunos consejos al respecto.

II. EL PAPEL DE LOS EXPERTOS EN EL ARBITRAJE

El arbitraje ha encontrado creciente aceptación y utilización en el medio jurídico y empresarial mexicano por diversos motivos. El primero, sin orden de particular importancia, es la creciente sofisticación de los negocios en México. El segundo es la apertura y modernización del sistema jurídico mexicano que, a partir de la década de los años ochenta, México implementó, y que ha tenido como resultado la utilización de instituciones legales más modernas.¹ Ello incluyó la adopción de un derecho arbitral moderno.²

En tercer lugar está la creciente insuficiencia del litigio para abordar con satisfacción controversias en ciertos nichos de mercado; en específico, los siguientes tres: (1) controversias mercantiles;³ (2) internacionales;⁴ y (3) controversias técnicas/complejas.⁵

La creciente participación de peritos en contabilidad (entre otras áreas) en el arbitraje es un caso particular del tercer nicho de mercado descrito.

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

¹ Un ejemplo de ello es el compromiso que, en artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, adquirieron los tres Estados Parte de fomentar la utilización del arbitraje para resolver las controversias que surgieran en el área de libre comercio.

² México adoptó como derecho arbitral interno el instrumento internacional —en ese entonces— más moderno sobre la regulación del arbitraje: la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Dicho cuerpo normativo forma parte del Código de Comercio.

³ El arbitraje es un medio ideal para contratos mercantiles puesto que constituye un medio flexible y poco formalista, con pocas normas protectoras, lo cual es congruente con la noción que permea en el derecho mercantil que los hombres de negocios son peritos en negocios y cuentan con asesoría legal sofisticada, por lo cual es innecesario contar con normas protectoras propias de otras áreas, como lo son en derecho civil, penal, laboral, etc.

⁴ En materia internacional se considera que el arbitraje es un buen mecanismo de solución de controversias puesto que brinda un elemento de *neutralidad* al no tener una de las partes que litigar su controversia en el foro de la otra parte.

⁵ El valor agregado que el arbitraje brinda a las controversias técnicas o complejas es que permite una conveniente utilización de los recursos técnicos necesarios para correctamente ventilar y resolver una controversia que tiene un elemento técnico importante. Comparado con la opción (el litigio) existe un mejor manejo e inversión del tiempo/esfuerzo necesario que un caso particular pueda necesitar dadas sus características o complejidades particulares.

III. CASOS ESPECÍFICOS DE PARTICIPACIÓN DE CONTADORES EN ARBITRAJE

Existen tres formas en las cuales expertos en algún área técnica (en nuestro caso, contadores) pueden participar en el arbitraje: (a) como peritos; (b) como árbitros; y (c) en procedimientos de expertos. A continuación se tratará cada uno.

A. Perito

Un perito es un experto en un área del conocimiento humano. Un tribunal acude a peritos cuando, entre los aspectos *fácticos* de la controversia, es necesario contar con conocimientos de los cuales carece el tribunal arbitral (tradicionalmente formado por abogados). Piénsese por ejemplo en la necesidad de determinar si una práctica contable de una empresa es conforme a una norma de información financiera.⁶ A su vez, la necesidad de valuar daños y perjuicios es frecuente en el arbitraje, para lo cual se acude a contadores expertos en materia de valuación.⁷ Esta es la capacidad con la que con más frecuencia se encuentra la participación de contadores en el arbitraje.

B. Árbitros

En ocasiones se contempla que contadores o despachos de contadores funjan como árbitros. En sí, si bien esta práctica es legalmente posible,⁸ puede no siempre ser conveniente.

En mi opinión, es preferible contar con la asistencia de contadores como expertos que como árbitros. El motivo obedece a que el papel de árbitro es uno intrínsecamente legal. Conocimientos teóricos y prácticos *legales* serán necesarios para fungir como árbitro, particularmente en casos complicados. Piénsese por ejemplo en los siguientes pasos:

- a) La sustanciación del procedimiento arbitral;
- b) La decisión del tribunal arbitral sobre su competencia;
- c) La adopción de medidas precautorias;
- d) La valuación de pruebas;
- e) La redacción del laudo.

Todos los actos mencionados son, en su esencia, actos de naturaleza legal. Y no sólo eso, son pasos en los que aun abogados experimentados en ocasiones se enfrentan con tropiezos, y cuya experiencia legal tanto en arbitraje como en otras áreas resulta indispensable para resolver en forma satisfactoria problemas que sobre ello puedan surgir.

Por si fuera poco, estas actividades en ocasiones no encuentran un final feliz en la práctica, y no siempre porque exista falta de pericia o culpa del tribunal, sino porque se trata de actos *complejos* que con frecuencia se encuentran con dos situaciones que magnifican la dificultad del ejercicio: su legalidad es evaluada por tribunales estatales (en ocasiones (pre)dispuestos a encontrar cualquier motivo (o excusa) para restarles validez), y con frecuencia la parte desfavorecida intentará cualquier medida para anularlos o evitar su reconocimiento y ejecución. Por consiguiente, la

⁶ Las 'normas de información financiera' son los nuevos cánones de contabilidad que, a partir de 2006, substituyen los principios de contabilidad generalmente aceptados.

⁷ Si bien me he concentrado en ejemplos contables, la variedad de ejemplos es infinita. Piénsese en la necesidad de hacer una determinación técnica en materia de ingeniería (por ejemplo, si los materiales utilizados en la construcción son los adecuados según los cánones técnicos de la ingeniería), medicina (por ejemplo, si un servicio médico es conforme con los estándares de conducta de la medicina, con la finalidad de determinar si existe negligencia, y, por ende, responsabilidad profesional), etcétera.

⁸ En algún momento existió diferencia de opinión sobre la posibilidad de que el "árbitro" o el "tribunal arbitral", pudiera ser una persona moral en lugar de una persona física, lo cual es el caso tradicional. Dicha discusión parece haber sido resuelta en el sentido de permitirlo, puesto que no existe en derecho mexicano una definición de "árbitro" que exija lo contrario.

experiencia en sutilezas jurídicas es no solo conveniente, sino indispensable, para evitar dar cabida a estas circunstancias.

No es que un no-abogado no pueda realizar éstas actividades, sino que la pericia de un experto —en este caso, un contador— es mejor empleada si se canaliza a las áreas en las que cuentan con una ventaja competitiva: en los aspectos técnicos. Es decir, como expertos que aporten su sabiduría técnica al tribunal arbitral.

Lo anterior no quiere decir que *nunca* sea recomendable contar con un contador en un tribunal arbitral. Ello puede justificarse por ejemplo cuando se trate de un tribunal pluri-membre, y que uno de los miembros sea contador, los demás siendo abogados, o por lo menos uno de ellos.

No faltará quien considere conveniente establecer un arbitraje con (o de) contadores en una relación comercial que cuente con un alto contenido técnico-contable. Aún así el paso puede ser riesgoso. La experiencia demuestra que inclusive en dichos casos surgen cuestiones legales que, siendo el 'tribunal contable' el competente para resolver cualquier controversia, necesariamente tendrá que decidir las cuestiones legales que surjan. A su vez, puede ser imposible o inconveniente⁹ separar las cuestiones técnicas de las legales.

También puede concebirse una situación en la que la controversia se reduzca a un aspecto exclusivamente técnico (contable). En este caso, la institución ideal no sería el arbitraje, sino un procedimiento de expertos, que ahora procederé a tratar.

C. Procedimientos de Expertos

Debe diferenciarse el arbitraje con asistencia pericial del *procedimiento de expertos*. Esta última institución, conocida en el medio como "*Expertise*",¹⁰ constituye un mecanismo distinto de arbitraje. Mientras que el arbitraje dirime una controversia legal, el *Expertise* dirime una diferencia de opinión sobre un punto técnico.

Este tipo de procedimientos han sido utilizados en contratos en los que se vislumbra la posibilidad de que existan controversias sobre aspectos técnicos y no jurídicos; especialmente cuando la velocidad de la decisión es importante.¹¹

A diferencia de lo mencionado sobre el papel de un contador como árbitro, el procedimiento de expertos es una institución en la que la participación del contador es, no solo conveniente, sino *ideal*, para cierto tipo de controversias (presumiblemente contables).

En caso de desear seguir un procedimiento que resuelva controversias meramente técnicas, posiblemente sea más útil acudir a reglamentos de *Expertise* que de arbitraje.¹² Dichos reglamentos contemplan un régimen detallado y experimentado sobre cómo deben de llevarse este tipo de procedimientos.¹³ De seguirse dicho paso, es de procurarse que la cláusula que para ello sugieren dichos reglamentos se contemple *sin modificaciones*, y que se resista la tentación de pactar modificaciones convencionales a lo dispuesto en los reglamentos. El motivo es claro: de hacerse, lo más probable es que ello sea contraproducente. Después de todo, dichos reglamentos han sido redactados por expertos con experiencia en este tipo de procedimientos.

⁹ Podría ser inconveniente, por ejemplo, por razones de eficiencia, para evitar procedimientos paralelos (por el riesgo de decisiones contradictorias) o por razones de confidencialidad.

¹⁰ El término proviene de un galicismo que alude a los procedimientos en los cuales una parte puede obtener una opinión experta antes de proceder con los puntos legales controvertidos.

¹¹ Por esta razón el *Expertise* ha sido muy utilizado en la industria de la construcción.

¹² Dos reglamentos de *Expertise* son recomendables: el Reglamento de Peritaje (*Rules for Expertise*) de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), y el Reglamento de Comprobación de Hechos (*Fact Finding Rules*) del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI").

¹³ Para abundar sobre este procedimiento, véase González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 2004, pgs. 155 et seq.

IV. ¿QUÉ HACER SI EL PASO YA ESTÁ DADO?

Una pregunta obligada de lo anteriormente expuesto es ¿qué hacer en caso de que la cláusula arbitral ya contemple que contadores actuarán como árbitros?

La pregunta no es ociosa, muchos practicantes nos hemos encontrado con dicha situación.

Ante ello, es recomendable tomar alguno de los siguientes dos pasos: (1) modificar el acuerdo para incluir en el tribunal a un abogado experimentado en arbitraje; o (2) contar con asesoría legal externa de un abogado con dicho perfil. Si bien ello es recomendable durante todo el procedimiento, será de especial importancia durante la redacción del laudo. Como se explicó, dicha labor es delicada y trascendente, así como de naturaleza intrínsecamente legal.

V. COMENTARIO FINAL

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que ha probado ser ideal para resolver problemas que derivan de tres nichos del mercado legal de disputas: (1) mercantiles, (2) internacionales, y (3) complejos o técnicos. En dichos segmentos la ciencia contable y los servicios de contadores como peritos en la misma ha demostrado no sólo ser útil, sino en ocasiones indispensable, para lograr los fines de dicha institución: el establecimiento de un mecanismo *eficiente* para resolver controversias. Es de esperarse que dicha tendencia se acentúe, en la forma descrita en este comentario.

HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIAS, LAUDOS Y/O SENTENCIAS ARBITRALES. Por Lic. Carlos Portilla Robertson⁽¹⁾.

Las razones que pueden o no hacer atractivo a la partes, el someter sus diferencias a un procedimiento arbitral, ya sea de carácter doméstico o internacional, lo es la facilidad que tienen éstas para ejecutar los laudos o sentencias arbitrales que se lleguen a pronunciar en dichos procedimientos, cuando la parte perdedora no cumple con el laudo voluntariamente.

Así las cosas, es común que las partes involucradas en un arbitraje, al preguntar respecto a la conveniencia que existe para dirimir sus diferencias a través de un procedimiento arbitral, lo hagan también sobre la facilidad para ejecutar las resoluciones que se dicten en el mismo, ya que de otro modo quedaría la interrogante de cuándo concluye la actividad de la justicia, esto es, ¿al momento de que la autoridad judicial o arbitral reconoce un derecho a favor de una de las partes? o ¿cuando la parte vencedora en un arbitraje efectivamente obtiene el reconocimiento y reclamo de su demanda?

Por ello, una justicia pronta y expedita no tendría una explicación, si las resoluciones que se dicten en los procedimientos arbitrales, no fuesen fácilmente ejecutables por las partes.

Sin embargo, la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales, no depende exclusivamente de la actividad o voluntad de los tribunales estatales, ya que dicha obligación corresponde, en buena medida a las partes, ya que son éstas quienes tienen la responsabilidad de preparar de forma correcta, adecuada y oportuna su petición de ejecución ante los tribunales estatales.

En efecto, una correcta y efectiva intervención de los tribunales estatales en la ejecución de laudos o sentencias arbitrales, se obtiene de manera natural, mediante una correcta petición que los interesados lleguen a promover para este fin, motivo por el cual, una adecuada enumeración de las disposiciones legales aplicables, representa en buena medida, el inicio del éxito en la obtención de lo reclamado, o en su defecto, que la ejecución se vea amenazada inexorablemente y pueda traducirse en un inminente fracaso.

Así pues, este pequeño trabajo tiene por objeto, hacer referencia a algunas reflexiones en torno a las normas aplicables a la ejecución de laudos o sentencias arbitrales en México.

Existen primordialmente cuatro tratados internacionales y/o convenciones que México ha celebrado, con el objeto de homologar laudos y/o sentencias arbitrales que fueron dictadas en un país distinto a aquél en que debe llevarse a cabo la ejecución de las mismas.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 o Convención de Nueva York; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial

⁽¹⁾ Presidente Comisión Publicidad, Mercadotecnia y Negocios Electrónicos ICC México. Socio Basham, Ringe y Correa S.C.

Internacional o Convención de Panamá de 1975; la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1979; y, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1987, son los cuatro tratados internacionales y/o convenciones más importantes que México ha celebrado para la homologación de sentencias, laudos y/o resoluciones arbitrales dictadas en el extranjero.

Ahora bien, la metodología y estructura de la Convención de Nueva York y de Panamá, son muy similares, y difieren solamente en aspectos puntuales. En términos generales, ambas convenciones, imponen a tribunales estatales la obligación de:

- a) Reconocer la validez de acuerdos arbitrales, sujeto a excepciones específicas;

"Artículo primero.- Convención de Nueva York. La presente convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicara también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución."

"Artículo primero.- Convención de Panamá. Es valido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral, las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas, con relación a un negocio de carácter mercantil."

- b) Remitir a las partes al arbitraje cuando hayan celebrado un acuerdo arbitral válido;
y,

- c) Reconocer y ejecutar una sentencia arbitral extranjera, sujeto a excepciones específicas, a través de procedimientos similares, equitativos o apreciablemente no más gravosos que los aplicables a laudos nacionales.

"Artículo tercero.- Convención de Nueva York. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales nacionales."

"Artículo cuarto.- Convención de Panamá. Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley, o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios

nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.”

Es importante destacar, que la Convención de Panamá introdujo una importante innovación, no existente en la Convención de Nueva York, ya que la primera dispone que cuando las partes no han establecido expresamente normas de procedimiento arbitral, se aplican las reglas de la "Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial", las cuales, son prácticamente idénticas a las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.

En este orden de ideas, la Convención de Panamá y la de Nueva York, establecen el procedimiento mediante el cual un Estado, otorga eficacia y fuerza ejecutoria a una sentencia arbitral extranjera invocada en su territorio, así como los mecanismos coercitivos para lograr el efectivo cumplimiento de la misma (reconocimiento y ejecución), para el caso de que el vencido no lo haga de manera voluntaria, debiendo hacerlo de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1979, establece las bases para determinar si es o no competente el órgano jurisdiccional exhortante; y, por ende, si es o no procedente la ejecución por parte del juzgador exhortado de las sentencias y/o resoluciones que hayan sido dictadas por aquél.

Finalmente, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1987, establece los requisitos que deben cubrir las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras para que tengan eficacia extraterritorial, esto es, para que puedan ser ejecutadas en un país distinto al de su pronunciamiento.

Bajo este contexto, los requisitos que deben cubrir las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras para que tengan eficacia extraterritorial, de acuerdo con el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1987, son:

“Artículo 2º.-...

...a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;

c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;

d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;

- e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;
- f) Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; y,
- h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución."

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro sistema legislativo contempla la posibilidad de reconocer y ejecutar dentro de México, sentencias, laudos arbitrales comerciales y no comerciales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero.

Los fundamentos legales dentro de la legislación mexicana para el reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos arbitrales comerciales y no comerciales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero, se encuentran contenidas dentro del Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Comercio.

Las ventajas del reconocimiento y ejecución en México de sentencias, laudos arbitrales comerciales y no comerciales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero, es que las reglas establecidas en las leyes adjetivas, tienen su base en los tratados internacionales y/o en las convenciones que ha celebrado nuestro país, por lo que dichas reglas, difícilmente pueden ser contrarias a los principios de derecho internacional que rigen a las instituciones internacionales; mientras que las limitaciones que observamos y que se encuentran contenidas dentro de la legislación mexicana, es la serie de requisitos que deben cubrir los exhortos internacionales para que puedan tener validez en México.

En este mismo sentido, la únicas prohibiciones que realmente podemos considerar es que, en materia civil y mercantil, no pueden ejecutarse una sentencia, laudo y/o resolución jurisdiccional dictada en el extranjero, si ésta fue dictada como consecuencia del ejercicio de una acción real o en razón de la incompetencia notoria del tribunal extranjero o que no se haya asegurado la defensa de las partes o bien que sea contrario al orden público.

Como se manifestó con anterioridad, el procedimiento para el reconocimiento de una sentencia, laudo y/o resolución jurisdiccional dictada en el extranjero, en nuestro país, atiende a la naturaleza de la resolución que pretenda ejecutarse.

En este orden de ideas, tratándose de la ejecución de sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero, nuestra legislación distingue a éstas en dos clases, las que provienen de procedimientos comerciales y las que se originan de procedimientos no comerciales.

Cabe mencionar, que con independencia de la naturaleza de la sentencia, laudo y/o resolución jurisdiccional dictada en el extranjero que se pretenda reconocer y/o ejecutar en nuestro país, el procedimiento siempre se tramitará incidentalmente.

Así las cosas, para la **ejecución de sentencias o laudos arbitrales comerciales**, debe estarse para efectos de su reconocimiento y ejecución, a lo establecido en el Código de Comercio y por cuanto a la forma en que debe tramitarse y sustanciarse, a lo que dispone el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Ahora bien, los requisitos establecidos en la legislación mercantil, para que un laudo sea ejecutable son los siguientes:

1.- Que el laudo arbitral cuya ejecución se solicite, esté debidamente autenticado, o en su defecto, en copia certificada, acompañado del original o de la copia certificada del acuerdo de arbitraje.

Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en español, el interesado deberá acompañar su traducción a este idioma, hecha por perito oficial.

2.- Que solo podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, sin importar el país que lo haya dictado, cuando:

a) La parte ejecutada acredite ante el juez competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución que: (i) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido; (ii) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos; (iii) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje; (iv) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes o que no se ajustó a la ley del país donde se efectúe el arbitraje; o, (v) El laudo no sea legalmente ejecutable, es decir, que no sea aun obligatorio para las partes; y,

b) El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

3.- El procedimiento de reconocimiento o ejecución, como ya se dijo, se sustanciará incidentalmente, para lo cual, el juez del conocimiento mandará dar vista a las partes, por el término de tres días.

Transcurrido el mencionado término, si las partes no promovieren pruebas ni el tribunal las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará con independencia de que concurran o no las partes. Si se promoviere prueba o el tribunal la estimare necesaria, se abrirá período probatorio de diez días, y se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia para el desahogo de las pruebas que hayan sido ofrecidas o que resulten necesarias.

Hecho que sea lo anterior, dentro de los cinco días siguientes, el tribunal dictará su resolución, en términos de la cual, decidirá sobre la procedencia o no de la ejecución del laudo arbitral.

4.- En tratándose de laudos arbitrales privados de carácter comercial, la resolución que se dicte al efecto por los tribunales mexicanos, no será objeto de recurso alguno, atento a lo dispuesto por el artículo 1463 del Código de Comercio, sin embargo, si partimos del punto de vista de que el juicio de amparo, no es un recurso como tal, en caso de que un juez mexicano desestime el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral privado de carácter comercial, el ejecutante puede acceder al juicio de garantías.

Ahora bien, para la **ejecución de sentencias o laudos arbitrales no comerciales**, debe estarse a lo establecido por el capítulo VI del libro Cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles, referente a la Cooperación Procesal Internacional, de cuyos lineamientos se desprende lo siguiente:

1.- Las sentencias, laudos arbitrales no comerciales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero, tendrán eficacia y serán reconocidas dentro del territorio nacional, siempre y cuando las mismas, además de que no sean contrarias al orden público interno en los términos del citado ordenamiento legal y del Código Civil Federal, llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

2.- Las sentencias, laudos arbitrales no comerciales y demás resoluciones jurisdiccionales que hayan sido dictadas en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones: (i) Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en materia de exhortos provenientes del extranjero, esto es, si se reciben del extranjero en idioma distinto al español, deberán estar acompañados de su traducción; y, si implican ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos, deberán estar homologados; (ii) Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real; (iii) Que el juez o tribunal sentenciador sea competente; (iv) Que el demandado haya sido debidamente notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle su garantía de audiencia; (v) Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en el que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra; (vi) Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que se encuentre pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos; (vii) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contrario al orden público en México; y, (viii) Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

El exhorto del juez o tribunal que solicite **la ejecución de sentencias, laudos arbitrales no comerciales** y demás resoluciones jurisdiccionales dictadas en el extranjero, deberá estar acompañado de la siguiente documentación: (i) Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional a ejecutar; (ii) Copia auténtica de la constancia de emplazamiento y de la resolución que haya declarado que la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional, ha causado estado; (iii) En su caso, las traducciones al idioma español; y, (iv) Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.

Es importante mencionar que, en términos de lo dispuesto por el artículo 573 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o

resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes dentro del territorio nacional.

3.- En cuanto a la tramitación del exhorto mediante el cual se pretenda ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, es necesario atender a lo que dispone el artículo 574 del ordenamiento legal en cita:

“Artículo 574.- El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera, se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá un término individual de nueve días hábiles para exponer sus defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente, salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondieran.”

4.- Cabe señalar, que en ningún caso, los tribunales mexicanos podrán examinar y/o decidir sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye el fallo extranjero a ejecutar, toda vez que se función se limita a examinar la autenticidad del mismo y si debe o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional.

En caso de que un juez mexicano desestime el reconocimiento y/o ejecución de una sentencia, laudo arbitral privado de carácter no comercial o resolución jurisdiccional dictada en el extranjero, podrá interponerse recurso de apelación que será admitida en ambos efectos.

De concederse el reconocimiento y/o ejecución, el ejecutado tendrá la oportunidad de interponer recurso de apelación, el cual deberá ser admitido en el efecto devolutivo.

Arbitrajes Paralelos. Por. Dr. Luiz Olavo Baptista

Los arbitrajes paralelos son arbitrajes o acciones judiciales que ocurren simultáneamente y que tratan de contratos que tienen relaciones entre ellos, unidos por su identidad u objeto.

El origen de los arbitrajes paralelos es el de que un litigante quiere o intenta involucrar un tercero que no sea parte del convenio arbitral, trayéndole al arbitraje. Otra causa es la de las ventajas que una de las Partes puede ver al recurrir al foro judicial local o al escapar de los efectos de un convenio arbitral. Asimismo el arbitraje paralelo puede tener su origen en grupos de contratos o negocios ligados entre sí.

En el sistema jurídico latinoamericano, los arbitrajes paralelos se someten con institutos distintos. El primero es el de la excepción de litispendencia y el segundo es el de la excepción de la cosa juzgada. Ambos son defensas que se presentan contra el procedimiento de un caso que ocurre en paralelo.

En el primero, la excepción de litispendencia, la parte alega la existencia de una acción anterior, que involucra las mismas Partes y que tiene el mismo objeto, y que por lo tanto tendrá procedencia sobre la segunda acción.

En el segundo, la alegación es la de que en una acción que involucra las mismas partes y que tiene el mismo objeto ya ha habido una decisión, transitada en juzgado, acerca del tema.

Para que ocurra una excepción de litispendencia, determinadas condiciones deben ser cumplidas. Dichas condiciones varían desde un sistema jurídico a otro, pero, en lo general, se exige la existencia de jurisdicciones diferentes y reconocimiento de la existencia de una jurisdicción paralela, y que las Partes y el propósito u objeto de la demanda sean los mismos. Cumplidas esas condiciones, ocurre la hipótesis que permite a la Parte alegar la excepción de litispendencia.

Usualmente, se decide la cuestión en favor del primero que ha ingresado con la demanda. Pero hay sistemas jurídicos en los cuales la decisión se hace en favor del primero que ha notificado la parte contraria acerca de la existencia de la demanda.

La excepción también se encuentra aplicada en favor de la primera demanda que va a ser juzgada. Todas esas soluciones son válidas y verdaderas y su aplicación dentro del campo del arbitraje dependerá del sistema jurídico sobre cuya cobertura opera el arbitraje.

No se debe confundir ese sistema jurídico con las reglas aplicadas. En realidad, la sede del arbitraje es la que determina cual es el sistema jurídico que se aplica al arbitraje. Esa aplicación es subsidiaria a la aplicación de las reglas de un órgano arbitral, si las Partes han decidido de esa forma.

Así, las Partes pueden recurrir a las reglas de la CCI o a las reglas del UNCITRAL, entre otras. Hecha la opción, dichas reglas se aplican en carácter de preferencia y son complementadas y completadas por las reglas del foro en el cual el fallo se va a ejecutar, y que es la sede del arbitraje. Puede ser la Ley de Nueva York, puede ser la del Brasil o puede ser la de Boston. El importante es que en cualquier de esos sistemas jurídicos, se encontrará una defensa contra la existencia del arbitraje paralelo.

La jurisprudencia arbitral de la CCI en lo que toca a esos casos de arbitraje paralelo no es muy abundante. El caso CCI 2272, del 1975, ha sido un precedente en él que se ha mencionado la necesidad de que las Partes fueran las mismas. En cambio, el precedente relativo al mismo objeto de la demanda es el caso CCI 1512.

Por fin, el reconocimiento de la jurisdicción por una de las Partes ha sido contemplado en el caso *Flúor Corporation vs Irán*. La corte admitió que las Partes podrían seguir por la CCI mientras la cuestión de la jurisdicción de la corte no estuviera decidida. La corte arbitral, en ese caso, era el Tribunal Irán-EEUU, el cual fue creado para resolver cuestiones entre ciudadanos y sociedades de los Estados Unidos y el Gobierno y ciudadanos del Irán.

La exclusión del principio de la litispendencia también ya sucedió. En el caso CCI 6142 de 1990, se ha examinado un arbitraje precedido por una demanda ante el Tribunal español. En dicho caso, el principio de la litispendencia fue excluido.

En el caso CCI 5103 de 1988, en el que estaba involucrado un grupo de contratos, uno de ellos no tenía cláusula arbitral y entonces permitió que una Parte, con base en él, entrara en juicio.

Vamos a enfrentar, finalmente, la cosa juzgada. Esta, así como la excepción de litispendencia, exige la existencia de las mismas Partes, la identidad de la demanda y la anterioridad de la decisión. La característica de la decisión que da la base a la cosa juzgada es exactamente la de existir un fallo sobre el cual no se puede recurrir, por lo tanto transitado en juzgado. Entretanto, en ese caso, una acción judicial precede el arbitraje.

La consecuencia es la de que el primer fallo predomina sobre el segundo, o causa la preclusión de la posibilidad de ingresarse en la demanda.

Se nota, entonces, que hay una identidad entre esos puntos de vista y los de la *common law*, en los cuales aparecen figuras como el *waiver* y el *estoppel* para cumplir funciones similares a las de la excepción de litispendencia y de la cosa juzgada; las primeras son criaturas de la *common law* y las últimas de la *civil law* y, en especial, del derecho latinoamericano.

Aplicación de los principios de oralidad y formalidad escrita durante el procedimiento arbitral: ¿hacia un sistema híbrido?
(Trascripción del discurso presentado por Felipe Ossa en el Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Capítulo Mexicano de la CCI, Ciudad de México, 25 de agosto de 2005).

En primer lugar, agradezco encarecidamente la invitación que nos ha formulado el Capítulo Mexicano de la CCI a participar en este interesante Congreso. Es un privilegio para mí poder hablarles hoy y, como siempre, un placer estar en México.

I. Introducción

Verbat volant, scripta manent (las palabras vuelan, lo escrito permanece). Este antiguo aforismo latino parece resumir la tradicional pugna que existe entre los dos sistemas jurídicos más importantes, por una parte el del Derecho Anglosajón o *Common Law* y por la otra el del Derecho Civilista. Esta pugna también se extiende a los aspectos procesales de los regímenes jurídicos. Así, en general los sistemas civilistas dan mayor importancia a la formalidad escrita, puesto que esta es sinónima para nosotros de más seriedad y reflexión, permite seleccionar y organizar la información con más prolijidad, y asegura la permanencia de las actuaciones de las partes y del Tribunal. En los sistemas anglosajones, en cambio, prima la oralidad, por considerarse que está da mayor espacio para la espontaneidad, permite la inmediatez del Tribunal respectivo, e incluye una serie de códigos verbales y físicos a veces tan importantes como las propias palabras, y que se pierden en la escrituración.

Esta tensión está presente con toda claridad en el Arbitraje Internacional, que por definición representa el encuentro de distintas culturas jurídicas. Hoy trataré de demostrar que tanto las reglas como la práctica del Arbitraje Internacional de la CCI representan un delicado equilibrio entre ambas posiciones. En efecto, suele pensarse que el Arbitraje Internacional constituye un triunfo de la tradición jurídica anglosajona por sobre las normas y prácticas propias de los regímenes civilistas. Me parece que ello no es el caso, al menos tratándose del Arbitraje de la CCI. Como veremos, éste contiene una serie de concesiones a la tradición escrita. En efecto, la demanda y la contestación en el Arbitraje CCI no sólo deben constar por escrito, sino contener una serie de requisitos mínimos. De la misma forma, la institución del Acta de Misión, característica del Arbitraje CCI, requiere la escrituración. El laudo final, en tanto, debe ser siempre por escrito, motivado y está sujeto inclusive a la revisión formal de la propia Corte.

II. El Acuerdo de Arbitraje

Pero comencemos con el propio acuerdo de arbitraje. Como sabemos, existen diversas legislaciones nacionales e incluso acuerdos internacionales que permiten la posibilidad teórica del acuerdo de arbitraje oral; por ejemplo, la Convención Europea sobre Arbitraje comercial Internacional de 1961. En la práctica del Arbitraje Internacional, sin embargo, subsisten el requisito del acuerdo escrito. El Reglamento de Arbitraje de la CCI no lo exige expresamente, pero se desprende en cambio con claridad del artículo segundo de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), que señala:

“la expresión (acuerdo por escrito) denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”

En consecuencia, el soporte escrito del acuerdo de arbitraje es ineludible. Eso sí, no se requiere necesariamente la firma, bastando un intercambio de correspondencia.

Es indiscutible que este carácter escrito del acuerdo de Arbitraje ofrece mayor seguridad jurídica en cuanto a la existencia del acuerdo, pero también en lo relativo a sus términos, a la fecha, a la capacidad de las partes, etc. Más aún, el hecho de constar por escrito hace posible su ejecución por parte de los Tribunales.

II. El acta de misión

Como sabemos, el origen histórico de esta institución propia del Arbitraje de la CCI fue el de servir de “compromiso” esto es, de acuerdo para arbitrar una disputa específica y ya existente; para asegurar la validez del arbitraje en aquellos países donde un simple acuerdo para arbitrar disputas no bastaba. Como sabemos, este requisito ya no reviste relevancia, salvo en contadísimas jurisdicciones (por ejemplo, Argentina).

El Acta de Misión se ha convertido en un elemento distintivo del Arbitraje CCI, que no está presente en cambio en los reglamentos UNCITRAL, de la AAA, o de la LCIA. Aunque existe ya desde el primer Reglamento de 1922, siempre ha generado gran debate en las revisiones posteriores de las reglas de Arbitraje CCI (1975 y 1998). En la actualidad, el Acta de Misión es aceptada como un instrumento de gran utilidad para estructurar el proceso arbitral, al punto que es frecuente verlo en arbitrajes “ad hoc”.

El contenido del Acta de Misión se regula en el artículo 18 del Reglamento de la CCI. Como sabemos, el Acta debe ser firmada por las partes y el Tribunal y debe contener al menos:

- a) identificación de las partes y de los miembros del Tribunal, incluyendo las direcciones para efectuar notificaciones;
- b) el acuerdo arbitral (opcional);
- c) la sede del arbitraje (y normalmente el idioma del arbitraje);
- d) una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y –si es posible- de los montos que se reclaman;
- e) la identificación de los puntos litigiosos a resolver (opcional);
- f) las precisiones necesarias con relación a las normas de procedimiento y los poderes especiales que pueda tener el Tribunal Arbitral (por ejemplo, para actuar como amigable componedor).

Como decía antes, el Acta de Misión constituye una excelente oportunidad para acordar los elementos básicos del contexto jurídico-procesal en el que se desenvolverá el arbitraje (ley aplicable al fondo, sede, idioma, calendario). Por otra parte, permite establecer las cuestiones centrales para la resolución de la disputa y fija los límites del debate arbitral. Esto último es de gran importancia más tarde para determinar si la sentencia es *infra petita* o *ultra petita*. Una vez suscrita el Acta de Misión no es posible formular nuevas demandas sino con la autorización especial del tribunal y por motivos calificados (artículo 19). Es importante, eso sí, diferenciar lo que son nuevas demandas de simples nuevos alegatos.

Además de lo anterior, el Acta de Misión obliga a las partes y al Tribunal a enfocarse en los puntos esenciales de la disputa en un momento inicial del proceso; esto es, el Tribunal no puede postergar su revisión hasta la preparación de la audiencia final. El Acta de Misión, finalmente, permite a las partes y a los árbitros conocerse personalmente a través de una audiencia preliminar que suele llevarse a cabo para su suscripción; esto es, “verse las caras”.

III. Producción de la prueba

Como sabemos, la regla general en el Arbitraje Internacional es que el Tribunal goza de amplia discreción para recibir y valorar la prueba. Así, el artículo 20 del reglamento de la CCI establece que las partes tienen derecho a una audiencia oral, pero que el Tribunal puede limitar dicho derecho según los costos y dificultades prácticas. Señala asimismo que pueden oírse testigos y peritos, o resolverse únicamente sobre la base de prueba documental. Como vemos entonces, la regulación de la CCI sobre este particular es el mínimo necesario.

Una importante contribución al Arbitraje Internacional en materia de producción de pruebas son las *IBA Rules for the Taking of Evidence*, que precisamente logran, a mi juicio, un delicado equilibrio entre tradiciones jurídicas diferentes. Como lo señala su propio prólogo:

"this IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration... are intended to govern in a efficient and economical manner the taking of evidence in international commercial arbitrations, particularly those between parties from different legal traditions. They are designed to supplement the legal provisions and institutional or ad hoc rules according to which the parties are conducting their arbitration".

En la práctica del Arbitraje Internacional, estas reglas son rara vez incorporadas formalmente, pero se utilizan como un punto de referencia para la actuación del Tribunal y de las partes.

DOCUMENTOS. Ya en la prueba documental notamos como el Arbitraje Internacional ofrece marcada diferencias con los procedimientos judiciales en países de tradición civilista. En primer lugar, no existe formalidad para la presentación de documentos, bastando con copias simples de los mismos, que pueden ser incluso suministradas vía fax o en formato pdf. No puede objetarse un documento sencillamente por no ser copia fidedigna, sino tan solo cuando existan razones para considerar que es falso o está incompleto.

En cuanto a la exhibición de documentos en poder de la otra parte, éste es un claro ejemplo de lo que señalaba anteriormente en cuanto al fino balance que logran las reglas del IBA. Como sabemos, en la tradición civilista la exhibición de documentos de la otra parte tiene un carácter más bien excepcional, está sujeto a una serie de restricciones y se aplica solo respecto a documentos específicos. Muy por el contrario, para un abogado de tradición anglosajona el "discovery" constituye prácticamente un derecho inalienable, y que muchas veces se ejerce sin moderación alguna. Ahora bien, el artículo tercero de las reglas de la IBA logra el justo medio, estableciendo la posibilidad de solicitar la exhibición no sólo de documentos específicos, sino de ciertas categorías de documentos, así como una amplia facultad al Tribunal para ordenar dicha exhibición.

TESTIGOS. En cuanto a la prueba testimonial, algunos aspectos de la misma en el Arbitraje Internacional también pueden resultar algo sorprendentes para los sistemas procesales civilistas. Así, en cuanto a la admisibilidad de los testigos existe el principio universalmente aceptado que:

"cualquier persona puede presentar testimonio como testigo, incluyendo una de las partes o, un directivo, empleado o representante de una de las partes" (artículo 4.2 de las reglas de la IBA)

Consecuencia de lo anterior es que no existe en el Arbitraje Internacional la institución de las "tachas"; lo cual es sin perjuicio del mayor o menor valor probatorio que el Tribunal pueda asignarle a un testigo dependiendo de su relación con una de las partes.

En todo caso, en esta institución se manifiesta una de las ventajas propias de los sistemas procesales derivados del *Common Law*, cuál es el principio de intermediación. La interrogación de los testigos constituye una excelente oportunidad para el Tribunal de examinar personalmente al testigo, pero también de las partes para observar al Tribunal en acción y "tomarle el pulso".

En cuanto a la producción de la prueba testimonial, esta se compone de varias etapas. Normalmente el testimonio se presta mediante una declaración escrita y firmada por el testigo, conteniendo su relación detallada de los hechos. Sin embargo, dicho testimonio escrito es insuficiente por sí solo, resultando necesaria posteriormente una declaración oral a fin de que el Tribunal tenga la oportunidad de evaluar la credibilidad del testigo y la parte contraria la de contra-interrogarlo.

Al preparar la declaración, es perfectamente normal y aceptable que los abogados de la parte que presenta el testigo se entrevisten con éste. Al respecto señalan las reglas de la IBA:

"no será incorrecto que una parte... entreviste a sus testigos o a sus potenciales testigos". (artículo 4.3)

Ello en caso alguno significa que el abogado esté exento de sus obligaciones éticas al intervenir en la redacción del testimonio.

En cuanto al examen del Tribunal y el interrogatorio de la contraparte, este se lleva a cabo normalmente en la audiencia final. Al comparecer ante el Tribunal para prestar su testimonio oral, el testigo debe tener en cuenta algunas consideraciones:

1. Revisar detalladamente su propia declaración y los documentos relevantes para ella.
2. Aunque suene de Perogrullo, decir siempre la verdad y limitarse a las materias que conoce; pues de otra forma el contra-interrogatorio lo traicionará.
3. Evitar opiniones personales o juicios de valor sobre los hechos acerca de los cuales declara.
4. Responder a la pregunta específica que se le formula y luego mantenerse en silencio, evitando llevar a cabo un discurso o entrar en un debate con el abogado que lo contra-interroga.
5. Evitar irritarse en caso de ser provocado por el abogado.

En cuanto al abogado que presenta a la parte, su intervención en el contra-interrogatorio es limitada, puesto que debe permitir que aquél se lleve adelante fluidamente. Sin embargo, tiene derecho a oponerse a aquellas preguntas que pueda considerar inductivas. Asimismo, si el abogado que contra-interroga al testigo se está refiriendo a algún documento u otra pieza del proceso, el apoderado que presenta al testigo tiene derecho a pedir que a éste se le exhiba dicho documento antes de responder. Finalmente, si se formulan al testigo múltiples preguntas, puede exigírsele al examinador que las separe en preguntas individuales, a fin de evitar la confusión del testigo.

En cuanto al contra-interrogatorio, este tiene por objetivo establecer discrepancias en la declaración del testigo y no su credibilidad, pero no se trata de dejarlo o atacarlo personalmente. Para ello, el abogado contra-interrogador debe prepararse adecuadamente con los documentos del expediente. Se aconseja asimismo mantener las preguntas "cerradas" y evitar preguntar más de lo necesario, a fin de evitar respuestas sorpresivas por parte del testigo. El abogado que contra-interroga debe ser cortés y respetuoso todo el tiempo y tener en cuenta que su auditorio no es un jurado, sino un Tribunal formado por abogados sofisticados, los que no mirarán con muy buenos ojos arrebatos de histrionismo o peroratas interminables.

PERITOS. Finalmente, en cuanto a los peritos o expertos el tratamiento procesal que se les otorga es semejante al de los testigos de hecho, al punto que se les denomina en arbitraje "testigos expertos". Al contra-interrogar a estos testigos debe tomarse en cuenta, en primer lugar, que el simple hecho que su pericia sea remunerada no es sinónimo de interés en el caso. Para un contra-interrogatorio eficaz, el abogado debe verificar en primer lugar si existe alguna conclusión sobre los hechos que se encuentre fuera del área de conocimiento del experto. De la misma forma, puede debilitarse su credibilidad si se establece que alguna de las suposiciones fácticas sobre las cuales descansa su pericia es incorrecta. Lo mismo ocurrirá en caso se pueda establecer que el experto no ha tenido acceso a toda la documentación o material relevante para llevar a cabo su informe. Finalmente, debe indagarse meticolosamente en la literatura del experto, a fin de establecer si existe cualquier discrepancia en su dictamen con opiniones anteriores.

En definitiva, y para concluir, el desafío que enfrenta un abogado en el Arbitraje Internacional es el de presentar la prueba de manera clara y persuasiva para árbitros que muy probablemente proceden de tradiciones diversas.

Con esto concluyo, agradeciendo mucho la paciencia que han tenido.

LA REMISIÓN DE LAS PARTES AL ARBITRAJE***Dr. Leonel Pereznieta Castro
Von Wobeser y Sierra, S.C.****Introducción.**

El tema de la remisión al arbitraje que viene de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de UNCITRAL y que se reproduce en el Art. 1424 del Código de Comercio, plantea en el caso de México algunas particularidades que me permitiré mencionar de manera resumida, a continuación.

El Art. 1424 del Código de Comercio, establece:

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

Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez".

La disposición repite en sus términos el Art. II.3 de la Convención de Nueva York y el Art. 8° párrafo 1 de la Ley Modelo de UNCITRAL y se refiere a tres supuestos:

- Que el Juez remita al Arbitraje cuando una de las partes pruebe que existe una Cláusula Arbitral;
- Que remisión debe ser hecha a menos que el juez compruebe que el Acuerdo Arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible; y
- Que si se ha entablado la acción, se podrán iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

La solicitud de remisión al arbitraje deberá ir acompañada del documento en donde conste la Cláusula correspondiente y se pruebe también que la parte que ha iniciado el procedimiento judicial, lo ha hecho en contravención a lo estipulado en el Acuerdo Arbitral del cual es parte. Aquí la pregunta es la siguiente: ¿"la **comprobación**" que debe llevar a cabo el juez sobre la posible nulidad, ineficacia o ejecución imposible del acuerdo arbitral de qué naturaleza debe ser?

El Código de Comercio utiliza en materia de sentencias que deben emitir los jueces, los verbos **decidir** y **resolver** por lo que el uso en el Art. 1424 del verbo "comprobar" se refiere en estricto sentido a verificar, y se trata de examinar y contrastar la verdad de una cosa, en nuestro caso, la existencia o no de un acuerdo arbitral acción que difiere de una decisión o de una resolución judicial como lo es una sentencia.

* Conferencia pronunciada con motivo del Congreso Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, en el tema: Particularidades del Procedimiento en Jurisdicciones Latinoamericanas.

En el derecho legislado mexicano no existe disposición alguna que se refiera a una “comprobación” o verificación de principio o prima facie que le permita al juez pronunciarse en un sentido determinado, por lo que hay que recurrir a la jurisprudencia en materia de amparo y ahí analizar lo que ésta considera la “apariencia de buen derecho”.

En efecto, existe jurisprudencia¹ que nos dice que de acuerdo a la teoría de la apariencia del buen derecho “existe la posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado cuando es evidente que en relación con el fondo del asunto asiste un derecho al quejoso que hace posible anticipar con cierto grado de acierto que obtendrá la protección federal que busca...”

Dicho en otras palabras, la apariencia del buen derecho apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifestante infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial mediante una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, lo que en mi opinión constituye el principio prima facie, tal y como se conoce internacionalmente.

De esta manera, el dispositivo del Art. 1424 podrá ser interpretado en este contexto como sigue: que el juez prima facie verifique que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible y si considera que después de su constatación, no se cae en cualquiera de estos tres casos, deberá remitir a las partes al arbitraje.

Sin embargo, si el juez interpreta el Art. 1424 en el sentido de que él debe pronunciarse previamente sobre la nulidad, ineficacia o ejecución imposible de la cláusula arbitral, antes de mandar a las partes al arbitraje, el único procedimiento que puede iniciar es el de nulidad por ser el único procedimiento previsto en la legislación procesal mexicana, no así el de “ineficacia” o “ejecución imposible”. Sin embargo, al desahogar un juicio de nulidad del acuerdo arbitral el problema es que se desvirtuaría el procedimiento arbitral en dos sentidos:

- Se entraría en un largo procedimiento judicial especialmente en un sistema como el mexicano.
- Se estaría actuando en contra del Art. 1432 del Código de Comercio que establece que es facultad expresa del propio Tribunal Arbitral para conocer de “las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral”.

Al proceder de esta manera, en mi opinión, el juez estaría asumiendo una competencia que no le corresponde y que expresamente el Art. 1432 le otorga al Tribunal Arbitral. Ante esta dificultad veamos ahora cuál es la posición que han asumido los tribunales mexicanos y cuál ha sido el sentido de la doctrina.

En un caso reciente², la actora demandó ante un juez de la causa la nulidad del acuerdo arbitral. Como lo sabemos, la única competencia de un juez respecto de un caso de nulidad en el arbitraje, es cuando se trate del juez del lugar sede del arbitraje y se le solicite se pronuncie sobre la nulidad pero del laudo³. En este procedimiento previsto por el Capítulo VIII del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, una de las causas para que proceda la nulidad del laudo, es la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral pero se trata de una hipótesis distinta de la que ahora nos ocupa.

Aquí estamos analizando al caso previsto en el Art. 1424 en donde como lo hemos visto, solo se refiere a la obligación que tiene el juez de remitir a las partes al arbitraje si “constata” que no se trata de “un acuerdo nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. T. XVI, diciembre 2002, p. 581.

² ADT, exp. 202/2004. Juzgado Cuadragésimo Noveno de lo Civil del D.F.

³ Cap. VIII del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

El problema que nos ocupa fue resuelto de manera adecuada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁴ que resolvió que la competencia para decidir acerca de la nulidad del acuerdo arbitral es del tribunal arbitral según lo dispone el Art. 1432, con lo cual esta decisión confirmó el principio Kompetenz-Kompetenz.

Desafortunadamente, ésta no ha sido la única interpretación. El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil, del Primer Circuito decidió⁵ que el juez de la causa tiene competencia para pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo arbitral conforme al Art. 1424 sin violar lo establecido en el 1432. En su decisión el tribunal, además de decidir de esta manera, cayó en contradicción ya que en su decisión declaró que el tribunal arbitral podía continuar con sus actuaciones mientras se desarrollaba el procedimiento judicial. Dicho en otras palabras, dio competencia al juez de la causa y al mismo tiempo al tribunal arbitral. No se trata del caso del último párrafo del Art. 1424 que veremos más adelante.

Lo contradictorio resulta en las condiciones planteadas por el Tribunal Colegiado que si el juez de la causa declara la nulidad del acuerdo, el tribunal arbitral ya no podrá continuar porque de hacerlo estaría procediendo conforme a una cláusula arbitral declarada nula. Si lo mismo hiciera el tribunal arbitral, estaría dejando sin efecto al procedimiento que se desarrolla ante los tribunales judiciales al que previamente le otorgó competencia y lo que es peor, uno puede declarar la nulidad y otro confirmar la validez del acuerdo arbitral. Esta contradicción en resoluciones de los tribunales colegiados antes citadas tendrá que ser zanjada en definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto al tercer punto que mencioné al inicio de esta exposición se refiere al segundo párrafo del 1424 que establece: que si ya se ha entablado la acción se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar el laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez. Se trata de un enfoque práctico.

El juicio ya se ha iniciado, ya no se puede ir atrás, entonces que sea el arbitraje un procedimiento más rápido el que finalmente resuelva las pretensiones, las que resueltas por el laudo, serán causa suficiente para dejar sin materia al procedimiento judicial. En este supuesto es importante subrayarlo, no ha existido un tribunal como en el caso del Colegiado que otorgó competencia a un determinado juez. El proceso judicial simplemente se inició y no hay forma ya de detenerlo. Aquí el procedimiento arbitral podrá concluir primero y dar por concluida la disputa entre las partes.

Existen en México otras cuestiones a las que ya no entro por las limitaciones del tiempo pero que sólo menciono de forma general, se trata básicamente de dos temas: el del tipo de acción que debe pedirse al juez para que remita el asunto al arbitraje y la posición que ha tenido un tribunal colegiado respecto del amparo en este tema.

Por lo que se refiere al tipo de procedimiento la doctrina mexicana es escasa pero se ha referido a que se trata de un recurso "suí generis"⁶ y su naturaleza deriva del hecho de que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es un título autónomo y debe interpretarse como tal y en él no se hace otra mención que la que ya hemos referido.

Finalmente con el caso del amparo. En el caso de ADT ya señalado anteriormente la demandada solicitó al juez de la causa la remisión al arbitraje y no le fue concedida por lo que solicitó amparo⁷ y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, del Primer Circuito⁸ conforme a lo dispuesto en el Art. 17 Constitucional decidió

⁴ Recurso de revisión 3836/2005, 11/11/2004.

⁵ Recurso de revisión 31/2005. 1/3/2005.

⁶ Graham Tapia, L.E. *La remisión judicial de un litigio al arbitraje*, en: diagnóstico y propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México. T. II, Barra Mexicana – Colegio de Abogados, 2004, p. 1625.

⁷ Amparo 556/2004-I.

- que había lugar al amparo directo contra el auto de declinatoria de competencia.
- que la decisión del juez de la causa constituye un “perjuicio inmediato y directo de imposible reparación”.

Como conclusiones puedo apuntar las siguientes:

1. Que la “comprobación” a que se refiere el 1424 del Código de Comercio debe ser una verificación prima facie ya que de otra manera se desvirtuaría el sentido del arbitraje en cuanto a su prontitud y eficacia.
2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá que pronunciarse sobre la contradicción actual de las tesis de los tribunales colegiados de circuito en este tema y ojalá lo haga a favor del principio prima facie y se confirme la competencia que tiene el Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo arbitral conforme lo prevé el Art. 1432 del Código de Comercio.
3. Que el segundo párrafo del 1424 es una disposición práctica que le da una ventaja importante al arbitraje para resolver en definitiva las pretensiones y en nuestro caso, pronunciarse sobre la validez del acuerdo arbitral.

⁸ Recurso de revisión RC 327/2004.

Comentarios sobre la recepción de pruebas en el arbitraje internacional

Por: Dr. Nicolás Gamboa Morales*

I. Introducción.

Es sumamente grato poder intervenir en este Seminario promovido por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional y más lo es en asocio de tan distinguidos colegas, especialmente, por la razón que tendré oportunidad de señalar al finalizar esta breve exposición.

II. Necesidad de la efectividad de los laudos.

De cierto tiempo atrás me he venido preguntando si el Artículo 35 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("Reglamento CCI"), en cuya virtud *"En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el Tribunal Arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el Laudo sea susceptible de ejecución legal"*, tiene sentido más allá de lo retórico.

También recientemente he advertido, quizás cuando todos Uds. ya lo han hecho, que esta disposición tiene un sentido básico:

Es compromiso de los tribunales arbitrales, tanto para con las partes, como para consigo mismo, como para con la institución arbitral en general, tratar que la decisión que se adopte respecto de una controversia no se convierta en "letra muerta" como consecuencia de defectos en el trámite del proceso arbitral que hagan triunfar un ataque al laudo o una oposición a su reconocimiento o ejecución promovida por la parte insatisfecha.

Y en este contexto, el juicioso discurrir de la etapa probatoria juega un papel preponderante para evitar censuras de los laudos sobre la base de disposiciones como los Artículos V [5] (1) (d) de las Convenciones de Nueva York y Panamá¹ o los artículos 36 (1) (a) (iv)² y 34 (2) (a) (iv)³ de la Ley Modelo de UNCITRAL,⁴ que aluden,

* Socio fundador de la firma de abogados "Gamboa, Chalela & Gamboa", Bogotá.

Además de su práctica profesional, Nicolás Gamboa Morales ha actuado de manera frecuente como árbitro en tribunales nacionales e internacionales.

¹ "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...)

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han [hayan] ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han [hayan] ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje"

² "1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

respectivamente, a motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo o a las causales de nulidad de los mismos.

De esta suerte, entonces, quisiera, de entrada, plantear que la problemática de la práctica de pruebas en el arbitraje internacional va más allá de la simple mecánica de cómo se llevan a cabo, para tocar con uno de los elementos esenciales de este sistema de composición, valga decir, la protección de las decisiones de los árbitros y su real efectividad.

III. *La creciente importancia del procedimiento.*

Es una realidad que la expansión y globalización del tráfico comercial internacional y su efecto sobre la forma de resolución de los conflictos que puedan desprenderse de ello han implicado cambios de notable importancia en el ámbito del arbitraje internacional.

La propia Secretaría de UNCITRAL hace eco de la importancia del procedimiento al referirse a la recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas de Diciembre 11, 1985, donde se sugiere:

“[Q]ue todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del **derecho procesal arbitral**...”. (Énfasis añadido).

Ahora bien, consciente el arbitraje internacional de que lo procesalmente fundamental es la celosa y permanente protección del “debido proceso”, que es lo que en una u otra forma desarrolla todo estatuto procesal, y que mi distinguido co-panelista Fernando Mantilla Serrano ha catalogado como el “*único orden público procesal*”,⁵ la

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pida el reconocimiento o la ejecución: (...)

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje”

³ “2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe: (...)

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han [hayan] ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviere en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ha ajustado a esta Ley”

⁴ Los artículos de la Ley Modelo están recogidos en el Libro Quinto del Código de Comercio mexicano en los artículos 1462 (l) (d) y 1457 (l) (d), respectivamente.

⁵ Fernando Mantilla Serrano, “Termorío: un duro golpe al arbitraje”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, No. 1, Junio – Diciembre 2004, página 202.

flexibilidad propia del trámite arbitral internacional debe, necesariamente, combinarse con cierta dosis de regulación,⁶ teniendo presente, sin embargo, que, como señala William W. Park:

“Para muchos dentro de la comunidad arbitral, cualquier sugerencia en el sentido de que la discrecionalidad arbitral debería ser restringida puede ser tan bienvenida como un grupo de hormigas a un picnic. La flexibilidad inherente a la discrecionalidad del árbitro no solamente se constituye en un pilar de ortodoxia, sino que descansa en consideraciones prácticas profundamente arraigadas.

Las instituciones arbitrales que aspiran mercadear sus servicios de manera global son comprensiblemente tímidas en relación con tomar partido en los grandes debates respecto de los diferentes sistemas legales nacionales, particularmente en aquellas controversias que dividen el litigio continental y el angloamericano.”⁷

IV. Esfuerzos para la armonización del sistema probatorio.

Visto lo precedente sobre la importancia e impacto del procedimiento y advertido el arbitraje de que su propia internacionalidad trae consigo la interacción de diversas culturas jurídicas, ha venido reiterando ciertos principios en materia probatoria, entre los cuales considero relevante mencionar los siguientes:

La carga de la prueba en cabeza de quien somete un reclamo o presenta una defensa.⁸ Como menciona el Juez Charles N. Brower, refiriéndose a un laudo emitido en 1924 en un conflicto entre Alemania y los Estados Unidos (el *Caso Smith*):

“La falta de ‘reglas internacionales sobre pruebas’ estandarizadas y el hecho de que los tribunales internacionales sean liberales en su enfoque hacia la admisibilidad de evidencia de ninguna manera va tan lejos como ‘para obviar la carga impuesta a un reclamante de probar su caso.’”⁹

⁶ En este orden de ideas y si bien de manera expresa se consigna que **no tienen carácter vinculante** es propio hacer referencia al esfuerzo desplegado por Uncitral que culminó en 1996 con la expedición de las “Notas de la CNUDMI Sobre la Organización del Proceso Arbitral”, documento eminentemente práctico que trata asuntos tales como el idioma de las actuaciones, los servicios administrativos que pueda requerir un tribunal, los métodos de comunicación de escritos entre las partes y los árbitros y, referente a esta presentación, ciertas precisiones sobre la forma de practicar pruebas.

⁷ William W. Park, “Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”, *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 19, No. 3, 2003.

La cita está tomada de la versión en español del ensayo antes citado, publicada en *Revista Internacional de Arbitraje*, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, No. 2, Enero – Junio 2005, páginas 21 y 22.

⁸ La referencia a este principio se hace sin perjuicio del comentario que sobre el particular se consignará un poco más adelante con motivo de la referencia al *discovery*.

⁹ Charles N. Brower, “Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules”, *International Law*, Vol. 28, No. 47, 1994, página 49. (T. del A.).

La libertad de evaluación probatoria que, de cierta manera, es corolario de la amplitud otorgada a las partes para establecer su caso, y que puede sintetizarse en lo afirmado por el Sr. Jamison M. Selby, Ex-Presidente del Tribunal de Reclamos Irán – Estados Unidos: “*la carga de la prueba es que Ud. debe convencerme*”. Por consiguiente, la apreciación que haga un tribunal arbitral de los elementos probatorios aportados por una u otra parte no es susceptible de cuestionamiento.

La posibilidad de hacer inferencias en función de conductas positivas o negativas de las partes, siendo de anotar que esta herramienta, que en la práctica es ejercitada muy cautelosamente por los tribunales arbitrales,¹⁰ constituye, no obstante, una alternativa de importancia para remediar la falta de *imperium* de los árbitros y, además, para servir como advertencia sobre las consecuencias de conductas dilatorias u obstructivas de las partes.

Y adicional a lo anterior, en lo que calificaría como muestra patente de la propensión al auto-examen y reflejo del dinamismo de la institución arbitral, pero, y en ello debo ser enfático, sin recurrir a ninguna clase de encasillamiento, la International Bar Association (“IBA”) ha plasmado un esfuerzo de gran trascendencia en el campo probatorio al adoptar en Junio de 1999 las “Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional” (“Reglas de la IBA”), en reemplazo de la versión de 1983, que se denominaba “Reglas Suplementarias de la IBA para Regular la Presentación y Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional”.

V. *Evidencia presentada dentro del sistema arbitral.*

Dando inicio al repaso sobre tipos de pruebas utilizadas en el arbitraje internacional con lo correspondiente a declaraciones sometidas a los tribunales arbitrales he estimado hacer una breve referencia a la “confesión”, entendida, por supuesto, como la declaración de tipo afirmativo que bajo juramento realiza una parte a solicitud de la contraria.¹¹

Así, y anticipando que no existe razón formal para excluir la confesión de los medios de prueba a disposición de los árbitros, es patente que su utilización en el ámbito del arbitraje internacional es mínima, no sólo por el aspecto técnico que deriva de la inquietud sobre si los tribunales arbitrales pueden o no administrar declaraciones bajo juramento, sino, primordialmente, por el escaso interés práctico que puede tener este tipo de prueba frente a la amplia discrecionalidad de que disponen los tribunales arbitrales para evaluar la relevancia y el peso de la evidencia aportada por las partes.

Dicho lo anterior, y enfocado en el tema genérico de las declaraciones testimoniales, he considerado relevante aludir a una modalidad un poco ajena a la tradición jurídica continental que, sin embargo, se viene afianzando cada vez mas en el medio arbitral y consiste en la rendición de declaraciones escritas.

¹⁰ Sobre la categorización de las “inferencias adversas”, cf. Alan Redfern, “Interim Measures” en The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration, Lawrence W. Newman y Richard D. Hill Eds., Juris Publishing Inc., Huntington, N.Y., 2004.

¹¹ Es interesante destacar que el tema de la “confesión” es una muestra de divergencia de enfoques en los sistemas legales.

En el derecho continental, las personas relacionadas con las partes por vínculos de sangre o dependencia económica así como aquellas que tengan un interés directo o indirecto en el litigio no están sujetas a ser llamadas a declarar. Por el contrario en el sistema anglosajón la posibilidad de que tales personas rindan declaración es plenamente aceptada.

Esta práctica luce, en principio, como algo ajeno a la espontaneidad que se espera de un declarante, considerando la falta de apremio para absolver los cuestionarios y la influencia que en mayor o menor grado pueda ejercer un apoderado en la confección del testimonio escrito.

No obstante, a poco que se mire la modalidad es posible advertir ventajas. De un lado, independiente del grado de contacto permitido entre las partes (y sus apoderados) con los testigos, lo cierto es que las prerrogativas de evaluación de la prueba que tienen los tribunales arbitrales implica, necesariamente, hacer un uso cuidadoso y restringido del contacto con los testigos y de su dicho. Por otro lado, la circunstancia de que en obvia muestra del “equilibrio procesal”, tan caro al arbitraje internacional, el autor de una declaración escrita deba comparecer para ser contrainterrogado, trae consigo la necesidad de precisión, veracidad y conocimiento de lo tratado en el testimonio escrito, so pena de que el mismo sea fuertemente rebatido por la parte contraria.

A su turno, la posibilidad de que un contrainterrogatorio se base en lo específicamente consignado en un testimonio escrito es, a mi juicio, una ventaja indudable del sistema. En efecto, si bien es cierto que una parte escogerá la materia de un testimonio escrito y tendrá cierto control sobre el mismo, no es menos cierto que su contraparte sabrá de antemano los temas sobre los cuales deberá indagar al declarante y, por ende, podrá preparar su cuestionario con ahorro de tiempo y mayor eficiencia en el trámite arbitral, en lugar de asistir a una audiencia con una vaga idea de los temas que conformarán la esencia de un testimonio para allí, sobre la marcha, elaborar un contrainterrogatorio. Suelo señalar que nosotros los abogados somos contratados como tales y no como una especie de “magos” que pueden leer de manera anticipada la mente de los testigos.

Por supuesto, y para terminar esta breve mención, el siempre presente “equilibrio procesal” dicta, de manera general, que si el autor de un testimonio escrito cuya comparecencia ha sido solicitada no se presenta, el testimonio no podrá ser tenido en cuenta.¹²

La evidencia documental, pasando a otro aspecto de las posibilidades en materia probatoria, es, desde luego, parte fundamental de los trámites arbitrales internacionales. De hecho, por ejemplo, y si bien concebido como mecanismo para hacer mas eficiente el arbitraje o para impedir obstrucciones de las partes, el Artículo 20 (6) del Reglamento CCI, faculta a los tribunales arbitrales para *“decidir la controversia tan sólo con base en los documentos aportados por las partes, salvo si alguna de ellas solicita una audiencia.”*

En punto a la presentación de documentos y advirtiendo que no está necesariamente circunscrito a ellos, estimo oportuno hacer una breve referencia al siempre polémico tema del *“discovery”*, muestra recurrente de las diferencias entre los sistemas continental y anglosajón. Siguiendo a Bernardo Cremades:

“La filosofía del discovery del derecho común es que ‘previo al juicio cada parte de una acción civil tiene derecho a la revelación de toda la información pertinente en poder de cualquier persona, salvo que la información sea privilegiada...’ La decisión seminal de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Hickman v. Taylor describió el proceso deposición-discovery en las Reglas

¹² La § 4 de las Reglas de la IBA se ocupa de las declaraciones de “testigos de hecho”, incluyendo lo referente al contacto con los mismos, el contenido mínimo de las declaraciones escritas, la contradicción de las mismas, la solicitud de contrainterrogatorios y los efectos de no comparecer.

Vale la pena anotar, además, que la § 5 de las Reglas de la IBA consignan un tratamiento similar, *mutatis mutandis*, para las opiniones rendidas por “peritos nombrados por las partes”.

Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) como teniendo ‘... un papel vital en la preparación para el juicio... como un mecanismo... para reducir y clarificar los temas básicos entre las partes, y... para establecer los hechos o información sobre la existencia o el paradero de los hechos referentes a tales temas... El camino es ahora claro, consistente con reconocidos privilegios de las partes a obtener el máximo conocimiento posible de los temas y hechos antes del juicio...’ Estos postulados son extraordinariamente amplios: en los Estados Unidos el *discovery* tiene un rol **vital**, facultando a la parte a obtener la revelación de toda la **información pertinente** en posesión de **cualquier persona** con el objeto de obtener el **máximo conocimiento posible de los hechos** antes del juicio. Los principios rectores son revelación plena, igualdad de información entre las partes y la prevención de sorpresas en el juicio o audiencia.

En contraste, los sistemas de derecho civil de Europa enfatizan el principio de que cada parte tiene la carga de probar su propio caso y que la parte contraria no debería ser forzada a incriminarse a sí misma o a facilitar el caso contra ella. Como ha explicado un prominente abogado suizo, ‘Creemos que el principio *onus probandi incumbat alleganti* excluye la posibilidad de obtener la ayuda de la corte para extraer evidencia de la otra parte. Reaccionamos a la noción del *discovery*, sea este de estilo inglés o, peor, norteamericano, como una invasión de la privacidad por la corte, que sólo es aceptable en casos penales, donde está involucrado el interés público...’. Además, la práctica del derecho civil de pleno aporte de la documentación de respaldo en cada etapa de las presentaciones... hace tenuous las distinciones del derecho común entre presentaciones, *discovery* y prueba, anticipa que temas cambiarán y se desarrollarán en el curso del litigio y también permite que si aparece nueva o inesperada evidencia la otra parte tendrá la oportunidad de contradecirla en su próxima presentación. En los sistemas civiles no hay juicio como tal y, por consiguiente, no hay peligro de sorpresas en el mismo.”¹³ (Enfasis en el original).

La solución de este conflicto de enfoques también ha sido acometida por el arbitraje internacional y, particularmente, por las Reglas de la IBA donde, en muestra de encomiable intento de equilibrio, se establece que al solicitarle una parte a la otra la exhibición de documentos debe describir la categoría reducida y específica de lo pedido y, además, describir la relevancia de la documentación a los fines del arbitraje, certificar que los documentos pedidos no se hallan en poder del solicitante y señalar porque se cree que están en poder o bajo el control de la parte contraria.¹⁴

En lo relativo a la solicitud de exhibición de documentos en poder de terceros y, en general, sobre la colaboración de estos con el trámite arbitral, dada la carencia de poderes coercitivos de los tribunales arbitrales el mecanismo

¹³ Bernardo M. Cremades, “Managing Discovery in Transnational Arbitration”, presentación hecha en el Seminario International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective, Miami, Octubre 2003. (T. del A.).

¹⁴ §§ 3 (3) (a) (b) y (c).

pertinente es acudir a la denominada “asistencia judicial”, que está contemplada en estatutos como, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley Modelo¹⁵ y el artículo 33 de la reciente Ley española de Arbitraje.¹⁶

El tema de la “asistencia judicial” en la práctica de pruebas, independiente de la posición que se adopte sobre ella,¹⁷ amerita, a mi juicio, dos breves comentarios:

Por una parte, es de rescatar precisiones como la que trae la ley española, que resuelve el punto –no claramente dilucidado en la Ley Modelo– sobre si la asistencia es para la práctica misma de la prueba o para facilitar su evacuación, tema que de no estar bien definido puede prestarse a controversia, particularmente en aquellas jurisdicciones apegadas al formalismo procesal. La norma ibérica, con fortuna, en mi opinión, consagra ambas posibilidades lo cual, por supuesto, ha de redundar en mayor eficiencia del arbitraje.

El segundo comentario alude al reciente pronunciamiento (2004) de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Intel Corp. vs. Advanced Micro Devices, Inc.* donde se clarificó, con carácter positivo y fijando parámetros, el alcance de la § 1782 (a) del Título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*), la cual permite que –entre otros– un tribunal arbitral extranjero le solicite a una Corte de Distrito que ordene la comparecencia de un testigo o la producción de documentación para ser empleada en un trámite arbitral.¹⁸

En lo concerniente a “inspecciones oculares” y como anotación previa a la referencia a peritajes, baste señalar que, dada la complejidad o especialidad de los asuntos sometidos a arbitraje internacional, su real efectividad como método de convencimiento del árbitro es, a mi manera de ver, cada vez mas reducida. De hecho, su utilidad es bien escasa, como que no se advierte mayor ventaja en la inspección que realice un tribunal arbitral a unas instalaciones o a una documentación,¹⁹ de suyo apartada de su especialidad y cuyo impacto o relevancia puede, sin duda, ser objeto de mejor apreciación a través de la revisión y opinión de expertos.

La prueba pericial, sin embargo, y a pesar de su creciente importancia –función de la creciente complejidad de las controversias sujetas a arbitraje internacional– presenta algunas aristas que vale la pena destacar:

En primer término, así sea práctica común en el litigio de corte anglosajón, el dicho de peritos no debe convertirse en un mecanismo para suplir vacíos sobre la evidencia directa relacionada con el conflicto. Su papel es mucho mas propio si está orientado hacia el suministro de explicaciones u opiniones sobre asuntos técnicos en áreas como la

¹⁵ “El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.”

¹⁶ “1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. **Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.** (Énfasis añadido).

2. Si así se le solicitare, el tribunal practicará la prueba bajo su propia dirección. En otro caso, el tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el tribunal entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.”

¹⁷ Algunos comentaristas, en opinión que para nada comparto, combaten el apoyo de los jueces a los árbitros. Afortunadamente, en mi sentir, esta posición es ciertamente minoritaria.

¹⁸ Si bien la decisión de la Corte Suprema se refería a una investigación de la Comisión Europea hay coincidencia en que su raciocinio es igualmente aplicable al arbitraje extranjero.

¹⁹ Es relevante destacar que en materia de “inspecciones oculares” es de fundamental importancia la presencia durante las mismas de todas las partes y la restricción a las comunicaciones unilaterales con los árbitros en el curso de las inspecciones.

ingeniería, la economía y la metodología empleada para arribar a ciertas conclusiones. Una vez más la amplia discrecionalidad de que disponen los tribunales arbitrales para evaluar el material probatorio puede hacer inoficioso que las partes cubran elementos fácticos a través de peritos.

Así, pues, concebida la prueba pericial como medio probatorio que aporta claridad y conocimiento especializado, resulta trascendental para su efectivo impacto en la solución de la controversia el énfasis en la credibilidad de los expertos, lo cual incluye, su carencia de "afiliación" con la parte que propone su empleo, así la opinión sea favorable a sus intereses, y el fundamento lógico y científico de las opiniones rendidas.

A este respecto, además, y concomitante con la eficiencia que se espera del trámite arbitral, resulta de la mayor trascendencia el suministro de guías adecuadas para el cabal desempeño de la labor de los peritos por parte de los tribunales arbitrales.²⁰

Otra arista referente al concurso de peritos en el arbitraje internacional alude a la designación de éstos por parte de los tribunales arbitrales. Aunque la clara tendencia es permitir su empleo,²¹ es preciso llamar la atención sobre dos aspectos de importancia:

El primero toca con la insoslayable obligación de los tribunales arbitrales, y concomitante facultad de las partes, de presentar comentarios sobre el reporte del perito designado por los árbitros y eventualmente interrogarlo al respecto.²² El segundo se refiere a un punto que he enfatizado en repetidas oportunidades respecto de secretarios administrativos de tribunales arbitrales, pero que también es aplicable a los peritos designados por los árbitros, cual es que ni estos ni aquellos deben involucrarse, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, en las deliberaciones del tribunal sobre el mérito de la controversia. Amén de que incluir a secretarios o peritos en los análisis de fondo puede dar margen para atacar justificadamente un laudo, estimo, sobre todo, que los tribunales arbitrales, dado el carácter *intuitio personae* de su designación tienen un deber ineludible para con las partes y con la propia institución arbitral de ser ellos y solo ellos los encargados de dirimir la controversia en desarrollo, precisamente, de su origen convencional y, por supuesto, en concordancia con elementales principios éticos.

Por último, retomando las Reglas de la IBA y los peritos designados por las partes, estimo de interés mencionar que al amparo de la § 5.3 de aquellas, los tribunales pueden requerir que los expertos que hayan presentado reportes se reúnan y deliberen con miras a buscar acuerdo sobre los aspectos divergentes de sus opiniones, lo cual puede o bien redundar en una identidad de criterios o bien en la precisión de las diferencias, en uno y otro caso con beneficio para la precisión que se espera del trámite arbitral.

VI. A manera de conclusión.

Como fácilmente se aprecia, lo correspondiente al aporte y práctica de pruebas en el trámite arbitral, tan fundamental en este como en cualquier otro tipo de litigio, es asunto que ha venido generando creciente inquietud y suscitando preguntas que, afortunadamente, han sido enfrentadas por la institución arbitral con el claro propósito de facilitar su desarrollo conservando, desde luego, los pilares de trato igualitario para las partes y oportunidad suficiente para éstas que expongan sus pretensiones y defensas.

²⁰ Cf. el Artículo 20 (4) del Reglamento CCI que se transcribe en la siguiente Nota de Pie de Página.

²¹ Por ejemplo, el Artículo 20 (4) del Reglamento CCI establece:

"El Tribunal Arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito nombrado por el Tribunal Arbitral."

²² Cf., p. ej., el antes citado Artículo 20 (4) del Reglamento CCI y el Artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

No obstante, como se deduce del somero repaso objeto de esta presentación, la dinámica del tema, aunada a la propia del arbitraje y, por supuesto, la creciente importancia del procedimiento en general, plantean frecuentes interrogantes que, a mi manera de ver, deben motivar a la comunidad afecta al arbitraje a explorar posibles respuestas, alternativas o mecanismos encaminados no solo a la solución teórica de los problemas sino a mejorar el funcionamiento de este sistema de solución de controversias con las inherentes ventajas que ello reporta no solo para los usuarios del sistema sino, además, para los propios tribunales arbitrales. Por ende, pues, la tarea que propongo tiene, a mi juicio, contenido real y no meramente retórico o académico.

Dejo, entonces, planteadas estas breves consideraciones e interrogantes, para concluir expresando que ellas y los demás aspectos permiten observar que el campo probatorio es terreno fecundo y sembrado de inquietudes.

De esta suerte, dado que mas que respuestas lo que he deseado plantear son preguntas, acudo para su esclarecimiento a la pauta que he pregonado en otras oportunidades, valga decir, que las preguntas difíciles deben de ser dirigidas a mis distinguidos compañeros, quienes gustosos las absolverán, en tanto que las preguntas sencillas están reservadas, con no menos gusto, para mí.

Bogotá, Agosto 2005

Facultades de los Tribunales Arbitrales ("método, práctica y límites").¹ Por. Dr. Carlos Ignacio Suárez Anzorena

1.- Introducción: ¿Qué tienen en común el arbitraje y la explotación de un barco?

Me ha sido asignada la tarea de compartir con ustedes unas breves reflexiones acerca de los contornos de los poderes de los tribunales arbitrales en materia de dirección del procedimiento. Me limitaré a señalar ciertos aspectos fundamentales que informan esta materia, a organizar analíticamente ciertos puntos de referencia conceptuales, y a testear frente a ustedes algunas situaciones que pueden ser indicativas, desde lo práctico, de los conceptos considerados.

Me serviré a estos fines, de una analogía muy ilustrativa que utilizan *Redfern and Hunter* en su reconocida obra sobre arbitraje. Allí se dice lo siguiente: "En determinadas cuestiones, el arbitraje internacional es como un barco. Se puede decir que un arbitraje pertenece a las partes así como un navío pertenece a uno o varios dueños o armadores. Pero este barco está sometido a las órdenes diarias del capitán, a quien el dueño o armador cedió su control. Si lo quisieran, éstos pueden sustituir al capitán por otro, pero siempre deberá haber alguien a bordo que estará al comando".²

Obviamente, en este escenario, las partes son los dueños del barco, el tribunal es el capitán, y el navío es el proceso arbitral. Aclaro, por las dudas, que los abogados venimos a ser, en este contexto, la agencia marítima que intermedia entre el dueño y el capitán, y no los tiburones, como podrían sugerir los profesionales de otros gremios.

2.- Los instrumentos de navegación

Siguiendo la analogía, la navegación de este barco está limitada por diversos aspectos que no pueden ser ignorados si se quiere llegar al buen puerto de los laudos válidos y ejecutables. Los aspectos a los que me refiero, inciden de distinta manera y en diverso grado en la discreción de la que goza del capitán en la conducción del navío.

El principio, en este sentido, es que los dueños han dado amplios poderes para que, una vez en alta mar, sea el capitán quien decida el curso de navegación, el tipo de velas a izar y la forma de capear los complejos temporales procesales que a veces pueden surgir. Es útil señalar que las partes y los árbitros pueden valerse de algunos documentos que podrían calificarse como un kit de subsistencia procesal en alta mar, y que ayudan a planificar el a veces complejo viaje jurídico hacia el laudo. Voy a hacer referencia especial a dos componentes potencialmente muy útiles de este kit.

¹ Carlos Ignacio Suarez Anzorena, Special Counsel, Clifford Chance, Londres.

² Ver Alan Redfern and Martin Hunter with Nigel Blackaby and Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ta Edición, Londres, Sweet and Maxwell, 2004, p. 264 (traducción del autor).

El primer componente son las "Notas sobre la organización del proceso arbitral" elaboradas por UNCITRAL (CNUDMI, en español), en 1996.³ El propósito de las notas es el de facilitar una eficiente organización del proceso arbitral a partir de la identificación y descripción de situaciones cuya oportuna anticipación y ponderación puede ser útil a los fines señalados. No son reglas de arbitraje ni pretenden ser vinculantes en modo alguno para las partes o para el tribunal arbitral. Sólo se limitan a alertar e ilustrar acerca de cuestiones como la eventual necesidad de adoptar decisiones sobre traducciones dado el lenguaje de los procedimientos, sobre aspectos logísticos de las audiencias, sobre financiamiento de gastos del procedimiento, asistencia administrativa, medios de comunicación entre las partes, modalidades para cumplir con instancias procesales, y sobre cuestiones relativas a la forma de recibir la prueba, entre otras muchas materias.

Cabe notar a este respecto que varias de las cuestiones referidas, como, por ejemplo, la cuestión de financiamiento del procedimiento, no tienen razón de ser en arbitrajes institucionales como los de la CCI, que además cuentan con una secretaría activa y eficiente. En este sentido, las instituciones cumplen en cierta forma el rol de un faro que ilumina y ayuda en la navegación.

Adicionalmente a las pautas referidas de la CNUDMI, o UNCITRAL, puede ser importante tener en cuenta otro documento útil para el mar abierto, como las Reglas de la *International Bar Association* sobre producción de pruebas, adoptadas en el año 1999.⁴ A diferencia de las notas de UNCITRAL, estas reglas tienen vocación regulatoria y no meramente indicativa, y están concebidas para ser adoptadas e incorporadas al proceso por las partes o el tribunal de manera integral sin perjuicio de que, por supuesto, no hay obligación alguna a este respecto.

3.- Los puntos cardinales.

Quien navegue las aguas del arbitraje internacional, y en particular los árbitros, deben tener en cuenta los cuatro puntos cardinales que sirven de referencia en este tipo de navegación.

El primer principio o punto cardinal es el de "soberanía de las partes". El arbitraje es una criatura contractual que pertenece a las voluntades que lo originaron y le dieron vida. Como regla, frente a un acuerdo de partes sobre algún aspecto de los procedimientos, el tribunal tiene como única opción la de ajustarse a tal consenso o, en su defecto, bajarse en el primer puerto. Esta noción constituye el "norte" de esta navegación y opera como el punto de referencia principal sobre la materia.

El segundo punto cardinal es el de debido proceso, el cual está integrado por los componentes de bilateralidad y de oportunidad de manifestarse y producir prueba en tiempo, forma y cantidad suficiente.

Es fundamental tener en cuenta estos dos puntos cardinales para no navegar hacia las regiones de los icebergs de las nulidades y los arrecifes de los déficit de ejecutabilidad. A estos mismo fines, también, pero como límite al principio de soberanía de las partes, corresponde prestarle debida atención a las pautas de orden público vigentes en la sede del procedimiento.

El tercer punto cardinal es el de la eficiencia. Los árbitros deben procurar llegar al puerto del laudo válido y ejecutable, con la mayor celeridad y al menor costo posible, aunque siempre respetando los dos principios antes referidos. Deben asumir que las partes siempre pretenden entregar la carga en el puerto deseado de la manera más eficiente posible. Este principio está muchas veces en tensión con el de debido proceso ya que muchas veces las partes sobrecargan la etapa probatoria del procedimiento, lo cual dilata y encarece el arbitraje. En este caso, el

³ Ver <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf>.

⁴ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (ver http://www.ibanet.org/publications/Publications_home.cfm).

tribunal, cual capitán que tiene que soltar lastre en altamar, debe limitar la evidencia a lo pertinente y relevante, pero siempre protegiendo la vigencia del principio de debido proceso.

El cuarto punto de referencia que quienes conducen el navío tienen que tener en cuenta es el de inmediatez. ¿Qué significa ello? El tribunal tiene que ser consciente de que éste es un barco ágil y desburocratizado, en el que se debe reaccionar frente a los requerimientos de la navegación y las solicitudes de las partes de manera veloz, transparente y flexible. El arbitraje no es un trasatlántico con esquemas y horarios específicos, propios de las necesidades de administrar una masa indeterminada de causas paralelas, como sucede con el sistema judicial.

Los vientos que inflan las velas del barco del arbitraje son los de la confianza directa en los juzgadores, con todo lo que implica ello en materia de expectativas de transparencia, comunicación y delegación de discreción para actuar en relación a las circunstancias cambiantes del proceso. No estamos frente a juzgadores mediatizados y distantes en el contexto de los complejos entramados institucionales de las sociedades modernas.

4.- Testeando los principios de la navegación.

Como última parte de esta presentación, quiero referirme a ciertas hipótesis que sirven para ilustrar, al menos someramente, algunos de los posibles contornos de la actuación de un tribunal arbitral.

La primera de ellas se relaciona con la posibilidad de que el tribunal no respete un acuerdo de partes relativo a alguna faceta de la organización del procedimiento. Propongo a estos fines dos supuestos básicos para el análisis.

En un primer caso, supongamos que ambas partes de un arbitraje se ponen de acuerdo para que los testigos presencien las deposiciones orales de los otros testigos, aunque todavía no hayan brindado su propio testimonio. Sin lugar a dudas, permitir esta práctica puede implicar una pérdida de espontaneidad en las declaraciones que puede afectar la ponderación de credibilidad de los testigos.

Un tribunal puede considerar que hay muy buenas razones para no permitir tal práctica. Sin embargo, puesto que el barco pertenece a las partes y éstas pueden hundirlo, si lo desean, un tribunal deberá limitarse a llamar la atención sobre el problema, y aceptar que las partes degraden la calidad de la prueba. Se trata de un tema que sólo a ellas incumbe.

Un razonamiento similar se aplicaría al caso de que las partes acuerden un sistema extraordinariamente oneroso para tramitar el caso. Para dar un ejemplo absurdo, dos partes domiciliadas en Tokio y Sao Paulo podrían decidir utilizar jets privados para hacer los intercambios de documentación, en vez de fax, courier o email. Una práctica semejante evidentemente colisiona con el concepto de eficiencia en la administración de los procedimientos. Pero en definitiva, en este caso nuevamente, es dinero de las partes en un proceso que se realiza en interés exclusivo de ellas.

En un sentido similar, los árbitros no pueden forzar a las partes a seguir un procedimiento más veloz y eficiente que el que ellas han acordado. ¿Qué pasa, sin embargo, si las partes comienzan a dilatar el trámite del procedimiento y ello implica para los miembros del tribunal un perjuicio concreto en materia de prolongación de conflictos de intereses, e incluso en materia financiera como consecuencia de postergación en el tiempo de la percepción de sus honorarios profesionales? En este caso, por más legítimo que sea el interés del árbitro, tal situación no lo autoriza para modificar lo acordado por las partes. Posiblemente tenga en este escenario una buena causa para renunciar a su encomienda, pero no otra cosa.

Aclaro que bajo ningún punto de vista estoy sugiriendo que los árbitros están exclavizados por las partes y deben avenirse a conductas inapropiadas, incómodas o perjudiciales para sus intereses. Lo que estoy simplemente diciendo es que la salida es bajarse en el primer puerto.

Un último supuesto: ¿Qué sucede si una parte actora está empeñada en producir prueba que puede ser considerada como fuente de una nulidad en la sede del arbitraje? Considerese, por ejemplo, la utilización de grabaciones de conversaciones telefónicas que son ilegales en la jurisdicción que resulta ser la sede del procedimiento. ¿Hasta qué punto debe protegerse al actor que pone en riesgo su propio caso? ¿Hasta donde puede llegar esa dosis limitado de paternalismo que uno espera en un tribunal sofisticado y experimentado? ¿Hay un deber de llevar el barco a buen puerto, y de emitir un laudo ejecutable, pese a la conducta procesal del principal interesado en el resultado, es decir, el actor? Dejo la respuesta, si la hay, para una próxima oportunidad.

5.- Colofón

Concluyo a continuación: las complejas aguas del arbitraje internacional moderno requieren de capitanes preparados y valientes que sorteen tempestades y obstáculos y lleven el barco a puerto seguro. Siempre es bueno recordar, en este sentido, que el arbitraje es tan bueno como son los árbitros que hayan sido elegidos. No quiero cerrar, en este sentido, sin recordar que México le ha dado al arbitraje latinoamericano, me consta, muchos experimentados y abnegados capitanes.

Medidas provisionales ex-parte Por. Lic. José María Abascal Zamora¹

I. Introducción

I.1. Me pidieron que explique las medidas precautorias *ex-parte* dictadas por tribunales arbitrales. Es una cuestión que se debate con calor en los círculos del arbitraje. En el estado actual de la legislación no pueden darse medidas precautorias *ex-parte*; sin embargo, en la práctica se otorgan. Para explicar el tema relataré la historia de la cuestión en el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (GT) de la CNUDMI (UNCITRAL), que fue en donde se originó el debate.

I.2. El artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional (LMA), regula el poder de los árbitros para dictar medidas precautorias. El GT está por finalizar un proyecto de modificaciones al artículo 17, consistente en varios artículos.

I.3. El paquete de artículos formará una nueva sección de la LMA sobre las medidas precautorias en el arbitraje. En su estado actual, el proyecto comprende una nueva redacción del artículo 17, sobre el poder de los árbitros de dictar medidas provisionales, la definición de medidas precautorias, las condiciones que se deben satisfacer para su otorgamiento, la terminación o modificación de las medidas, la responsabilidad del solicitante, la garantía y el deber de informar al tribunal sobre los cambios en la situación. Dos artículos nuevos: el 17 bis, sobre la ejecución por los tribunales judiciales de las medidas provisionales y el 17 ter, sobre el poder de los tribunales judiciales de dictar medidas precautorias en apoyo del arbitraje.

I.4. El proyecto de párrafo (7) del artículo 17 prevé que, en determinadas circunstancias, los tribunales arbitrales tendrán el poder de dictar medidas provisionales *ex-parte*. Esto es, sin haber escuchado a la parte o parte afectadas. Sobre esta cuestión el debate, dentro y fuera del GT, ha sido especialmente acalorado.

I.5. Según las leyes en vigor un tribunal arbitral no puede afectar a una parte sin haberla escuchado. Esto es consecuencia de dos principios fundamentales del arbitraje: el del trato igual y el de la oportunidad para presentar el caso.

II. El inicio del debate

II.1. En 1999, la Comisión encomendó al GT, entre otras cuestiones, que considerara elaborar una disposición modelo sobre la ejecución por las cortes judiciales de medidas precautorias dictadas por tribunales arbitrales. Se estimó que tal disposición era necesaria, porque es muy frecuente que el lugar del arbitraje sea diferente del lugar

¹ El autor es Presidente del Grupo de Trabajo de Arbitraje de la UNCITRAL

en donde debe ejecutarse una medida y no existe una disposición uniforme sobre la ejecución. Tampoco existe una norma uniforme sobre la ejecución de medidas precautorias en la sede del arbitraje.

II.2. Desde el inicio de estos trabajos el GT convino en crear un régimen eficaz: (i) la ejecución deberá otorgarse rápidamente, y (ii) el juez solo tendrá facultades limitadas para revisar la decisión de los árbitros. Ese régimen de privilegio sólo se aplicaría a verdaderas medidas precautorias que cumplieran con requisitos mínimos para su otorgamiento. Se vio la necesidad de determinar legalmente el concepto de medida precautoria, así como las condiciones para su otorgamiento y subsistencia. El ámbito del proyecto se amplió.

II.3. El artículo 17 LMA, en su actual redacción, dice que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El GT estuvo de acuerdo en que la interpretación del artículo 17 ha sido amplia y flexible; en la práctica no ha generado grandes problemas. Sin embargo, consideró que era el momento, y se tenía la oportunidad, de precisar la definición de las medidas precautorias. Era conveniente aprovechar la experiencia en la aplicación del artículo 17 y de los diversos reglamentos de arbitraje que contienen disposiciones semejantes. Surgió la cuestión de si se podría ordenar la ejecución de medidas *ex-parte*, dictadas por tribunales arbitrales y, con ella, la de si los tribunales arbitrales podían emitir medidas *ex-parte*.

II.4. La propuesta sobre las medidas *ex-parte* es tan vieja como el proyecto. Conviene aclarar que las medidas *ex-parte* nunca se propusieron como una facultad irrestricta del tribunal arbitral. Siempre se sostuvo que su objeto sería limitado y se condicionarían con salvaguardas. Pero la propuesta generó de inmediato oposición y apoyo. Surgieron tres posiciones: (i) los que apoyaban las medidas *ex-parte*, (ii) los que se oponían, y (iii) los que, sin estar convencidos de su necesidad, o incluso con reservas, no se oponían a ellas, a condición de que fueran limitadas y acompañadas por salvaguardas. Desde el principio, esta última posición prevaleció en el GT.

III. La negociación y el consenso en UNCITRAL

III.1. Las disposiciones legales uniformes, convenciones, leyes modelo o disposiciones aisladas, no se pueden adoptar por mayoría; los instrumentos de la UNCITRAL se adoptan por consenso. La razón es obvia: como se trata de que las adopten sin cambios el mayor número de países, deben ser aceptables para todos; de otro modo no pasarían en los poderes legislativos nacionales. Pero no solo se trata de la viabilidad legal, las leyes solo son útiles cuando sus sujetos finales las aplican y obedecen; lo que hace que la voz de la práctica sea indispensable. Las delegaciones incluyen expertos practicantes, profesores distinguidos y funcionarios de los ministerios. Además, se invita a las organizaciones internacionales interesadas en el tema. Por ejemplo, en el arbitraje, la experiencia y opinión de las instituciones arbitrales internacionales y de los expertos de las delegaciones y países observadores, son indispensables; en el caso, lo demuestra el papel que jugaron en la negociación de las medidas *ex-parte*.

III.2. El consenso, en el sentido de una solución que satisface plenamente a todos, es un ideal que raramente se consigue. El consenso en UNCITRAL es fruto del diálogo basado en la investigación, la paciencia, la flexibilidad y la creatividad. Durante las sesiones y los recesos para consultas informales, los participantes intercambian y analizan ideas, problemas y soluciones. La Secretaría, sin descanso, investiga y ofrece soluciones. Se escucha a las instituciones arbitrales y a los practicantes, se analizan los acuerdos de arbitraje, los laudos y las sentencias. Se participa en conferencias y seminarios. Así, poco a poco, las cuestiones se aclaran, las ideas se precisan y aparecen las soluciones. Se trata de un "consenso evolutivo."

III.3. El interés común de encontrar soluciones uniformes, provoca transacciones que atienden a las preocupaciones de todas y cada una de las partes; aunque no sean del gusto de todos. Con frecuencia los que están en una posición minoritaria reconocen la opinión que predomina y, si se “se puede vivir” con la transacción, la aceptan. Con el tiempo, disposiciones discutidas y aceptadas a regañadientes, han adquirido el estatus de soluciones clásicas de gran prestigio.

III.4. Por ejemplo, en el caso de las medidas *ex-parte*, las posiciones contradictorias no permitan eliminar la propuesta sin analizarla; tampoco se la podía aceptar. Era necesario definir las medidas *ex-parte* y convenir las salvaguardas; en otras palabras, tener un texto antes de aceptarlo o rechazarlo. Fue así como, sin haber llegado a un acuerdo sobre la cuestión de principio, el GT debatió y delimitó los textos legislativos que se proponían. Como siempre, las propuestas evolucionaron hacia una transacción y, una vez más, se cumplió con el ideal del consenso evolutivo.

IV. Los argumentos

IV.1. El principal argumento en favor de las medidas *ex-parte* fue que la sorpresa es necesaria para evitar que se frustre la ejecución de una medida precautoria. Si el probable afectado sabe que hay una petición de una medida provisional, antes de que se le imponga puede adoptar conductas que impidan su ejecución; por ejemplo, dejar de pagar regalías, cobrar una carta de crédito, o mover o transferir los bienes. La necesidad de la sorpresa lo demuestra el hecho de que los tribunales judiciales están facultados para dictar medidas precautorias *ex-parte*.

IV.2. El principal argumento en contra fue que las medidas *ex-parte* violan los principios de trato igual y oportunidad de presentar el caso. Estos principios generan confianza en los usuarios y han sido la base del prestigio y desarrollo del arbitraje. Si se permite a los árbitros que dicten medidas *ex-parte* será en merma de la confianza en el arbitraje. De esas dos posiciones surgieron otros argumentos que resumo como sigue:

IV.3. En favor

En el procedimiento judicial también rigen los principios de trato igual y oportunidad de presentar el caso y, sin embargo, se permite a los jueces dictar medidas *ex-parte*. Nada justifica la diferencia entre arbitrales judiciales y arbitrales.

IV.4. En contra

Las medidas *ex-parte* están a disposición de las partes en los tribunales judiciales. Si alguien considera que las necesita, puede obtenerlas de los tribunales estatales, sin necesidad de contaminar el arbitraje.

IV.5. En favor

No hay razones para distinguir a los tribunales judiciales de los arbitrales. Si las partes prefirieron que su disputa la resuelvan los árbitros, significa, también, que prefieren que lo relativo a las medidas precautorias sea resuelto por los árbitros.

IV.6. En contra

Los tribunales arbitrales tardan en constituirse y las medidas provisionales se necesitan de inmediato. Contaminar el arbitraje con las medidas *ex-parte*, es innecesario.

IV.7. En favor

Sin embargo, cuando el tribunal arbitral esté en funciones, puede dictar la medida *ex-parte*. Además, hay formas de constituir rápidamente un tribunal arbitral. Permitir medidas *ex-parte* se conforma al acuerdo de las partes, en el sentido de que todo lo resuelvan los árbitros; si las partes escogieron el arbitraje, fue porque querían excluir la intervención judicial. En todo caso, según las circunstancias, una parte podría optar por recurrir a los tribunales judiciales o a los arbitrales. Además, si fuera válido el argumento no es privativo de las medidas *ex-parte*.

IV.8. En contra

Las medidas *ex-parte* judiciales son dictadas por un juez diferente del que decide el caso. En cambio, las medidas provisionales *ex-parte* implican un pronunciamiento previo del tribunal arbitral. El pronunciamiento previo perjudica la confianza en el arbitraje.

IV.9. En favor

En muchos países las medidas *ex-parte* son dictadas por el mismo juez que decide la controversia; no hay diferencia con el arbitraje. Si fuera válido el argumento se aplicaría, también, a las medidas *inter-partes*.

IV.10. En contra

El lugar del arbitraje generalmente está en un lugar diferente del lugar en donde se debe ejecutar la medida. Sería inútil una medida *ex-parte*, por las dilaciones y dificultades para su ejecución.

IV.11. En favor

Aún si fuera ese el caso, es suficiente con el poder de persuasión sobre las partes que tiene el tribunal arbitral.

IV.12. En contra

No hay estándares para establecer el régimen de las medidas *ex-parte*. La razón porque no hay estándares en el arbitraje es porque no existen y no se necesitan. Los usuarios y las instituciones arbitrales no las piden.

IV.13. En favor

La causa de que no se den medidas *ex-parte* es porque no se pueden emitir conforme a las leyes y reglamentos de arbitraje en vigor; por ello conviene regularlas. Cuando se permitan, se recurrirá a ellas con mayor frecuencia y se desarrollarán estándares. En el arbitraje deportivo, ya se permiten y utilizan. Los usuarios, entre ellos algunas instituciones de arbitraje, manifiestan que las necesitan.

IV.14. En contra

No han sido experimentadas en arbitraje, son potencialmente peligrosas para los usuarios del arbitraje internacional. Concederlas será en detrimento del arbitraje.

IV.15. En favor.

Mientras la regulación legal no las permita, no se podrán experimentar. El hecho de que no se puedan emitir, limita al arbitraje. No concederlas será en detrimento del arbitraje.

V. La atribución de la propuesta a los Estados Unidos

V.1. Ha sido práctica de la UNCITRAL, cuando se trata de adoptar instrumentos relativos al arbitraje, ventilar la cuestión con el International Council for Commercial Arbitration (ICCA). El proyecto sobre medidas provisionales fue objeto de consideraciones en el Seminario que tuvo lugar en Londres en mayo de 2002 y, posteriormente, en Pekín en Mayo de 2004.

V.2. En Mayo de 2002, en Londres, Don Donovan, que entonces era miembro de la delegación de los Estados Unidos al GT, presentó una ponencia sobre el proyecto de las medidas precautorias. La ponencia se refería a todo el proyecto y no solo a las medidas *ex-parte*. Donovan relató el estado general de los trabajos; entre otras cosas el GT había pedido a la Secretaría de la UNCITRAL, que preparara un texto para la discusión en su próxima sesión. El proyecto debía considerar las decisiones y deliberaciones previas del GT. Al final de su ponencia, Donovan presentó la que, en su opinión, debería ser la redacción que la Secretaría podría proponer.

V.3. A la delegación de los Estados Unidos le pareció buena la propuesta de Donovan y la presentó a la UNCITRAL como una propuesta de redacción de ese país. Fue así que, al comienzo de su sesión 37, en octubre de 2002, en Viena, el GT tenía ante sí dos textos para discusión: el de la Secretaría (A/CN.9/WG.II.WP.119) y el de los Estados Unidos (A/CN.9/WG.II.WP.121). En general, por lo que ve a la sustancia, los dos textos no diferían entre sí. El GT decidió tomar como base de sus discusiones el texto de los Estados Unidos; pero tomando en cuenta, al mismo tiempo, el propuesto por la Secretaría. Al término de la sesión, el GT pidió a la Secretaría que redactará un nuevo texto para su consideración en una futura reunión.

V.4. El Club de Árbitros de Milán tuvo una reunión en donde consideró los resultados de la sesión 37 de Viena y se pronunció en contra de que la LMA permitiera a los árbitros dictar medidas *ex-parte*. En las consideraciones del Club de Árbitros de Milán, se partió de la base de que se trataba de una propuesta de los Estados Unidos.

V.5. La declaración del Club de Milán recibió amplia difusión y apoyo. Se armó una gran bola. En pro y en contra de las medidas *ex-parte*, se escribieron artículos y se dieron ponencias y debates en seminarios de arbitraje. La declaración del Club de Milán benefició al proyecto ya que, como lo explico adelante, el texto final tuvo mejoras sustanciales.

V.6. Sin embargo, tuvo un efecto negativo: el de que se atribuyera la paternidad de la propuesta a la delegación de los Estados Unidos. Para nadie es un misterio que existe cierta animosidad en contra de cualquier propuesta de los Estados Unidos. Además, en el arbitraje internacional, y no sin cierto fundamento, hay desconfianza respecto de las tácticas litigiosas de algunos abogados de ese país. Aunque esa litigiosidad la he observado en abogados de otros países, especialmente en México, que es en donde tengo más experiencia. Lo cierto es que la atribución de la propuesta a los Estados Unidos, le metió vísceras al asunto.

VI. Las consultas y propuestas

VI.1. El GT tenía otras cuestiones pendientes y las deliberaciones sobre las medidas *ex-parte*, se suspendieron. Esto dio oportunidad de hacer consultas y que la cuestión se ventilara en artículos y conferencias sobre arbitraje. Todas estas deliberaciones, a la postre, resultaron de gran utilidad, ya que se mejoró el entendimiento, fuera y dentro del GT, sobre el propósito de las medidas *ex-parte* y de las objeciones contra ellas. En este proceso la voz de la experiencia, sobre todo la de las instituciones arbitrales, jugó un papel muy importante.

VI.2. En su sesión 39, de noviembre de 2003, el GT volvió a considerar las medidas *ex-parte*. El GT decidió no discutir la cuestión de principio, sobre si debería o no otorgarse a los árbitros el poder de dictar medidas *ex-parte*; de conformidad con lo que había acordado en una sesión anterior, convenía ponerse de acuerdo sobre el texto, ya que prevalecía la idea de que, con más estrictas salvaguardas, las medidas *ex-parte* convinieran al arbitraje. Al terminar, el GT pidió a la Secretaría que le presentara para una futura discusión, un texto que considerará las decisiones y deliberaciones de la sesión.

VI.3. Para la sesión 40 del GT, en febrero de 2004, en Nueva York, la CCI hizo una importante propuesta (A/CN.9/WG.II.WP.129). Lo relevante de esta propuesta fue la aceptación de que el tribunal arbitral podría dictar una medidas *ex-parte*. La solicitud de una medida *ex-parte* debía transmitirse simultáneamente al tribunal y a la parte en contra de la que se hacía la solicitud. Las medidas *ex-parte* no podrían ser ejecutadas por los tribunales estatales.

VI.4. La propuesta de la CCI acercó mucho las posiciones. Para esas fechas, ya se sabía que era común que los árbitros, al recibir una solicitud de medidas provisionales, ordenaran sin más trámite a la otra parte que se abstuviera de hacer algo que pudiera frustrar la medida; por ejemplo, cobrar una carta de crédito. Sin embargo, la propuesta de la CCI no se aceptó porque la transmisión simultánea de la solicitud, ponía sobre aviso a la parte afectada y, aunque fuera por un lapso muy breve, ésta podría hacer algo.

VI.5. Al final de la sesión, el observador de la Asociación Suiza del Arbitraje (ASA), Michael Schneider, hizo una propuesta que delimitó el propósito que se buscaba con las medidas *ex-parte* y habló de órdenes que impedirían la frustración de la medida o que mantuvieran el *status quo*. La propuesta de Schneider, que luego confirmó la ASA, fue decisiva por la precisión con que definió la finalidad limitada de las medidas *ex-parte* y las razones de su necesidad.

VI.6. En Viena, en septiembre de 2004, el GT dedicó toda la 38 sesión a considerar con detalle el párrafo (7) del artículo 17. Al terminar el ejercicio de redacción, se tomaría una decisión. Siguiendo la propuesta de Schneider, se denominó "Orden Provisional" a la precautorias *ex-parte*. Con lenguaje propuesto por John Beechey, observador de la American Arbitration Association (AAA), se precisó la definición. Una Orden Provisional serviría para que el tribunal ordene a la otra parte posiblemente afectada, "que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada." Aclarando que la expresión "no debería entenderse en el sentido de que únicamente se pedía a una parte que se abstuviera de actuar, sino también en un sentido más amplio, de que se le ordenaba que adoptara medidas positivas;" por ejemplo, que no suspendiera el pago de los derechos relativos a la vigencia de una marca.

VI.7. Al final de la sesión, el observador de la AAA, propuso como transacción, que se adoptara el texto convenido; pero que las medidas *ex-parte*, no pudieran ser ejecutables por los tribunales estatales. La propuesta recibió apoyo, pero se decidió esperar a que la Secretaría pusiera en blanco y negro los acuerdos del GT, para tomar la decisión en la siguiente reunión, ya que "el diablo está en los detalles."

VI.8. En siguiente sesión del GT, en Nueva York, en enero de 2005 hubo un gran debate. No obstante la aproximación a que el GT había llegado, con las propuestas de la CCI, la ASA y la AAA, la discusión se centró en diversas proposiciones para que, usando notas de pie de página, se ofrecieran soluciones alternativas. En resumen, como sigue:

- (i) Ofrecer a los Estados nacionales la opción de incluir la disposición sobre medidas *ex-parte* (optar por la inclusión legislativa);

- (ii) Ofrecer a los Estados nacionales la opción de optar por excluir la disposición sobre medidas *ex-parte* (optar por la exclusión legislativa);
- (iii) Permitir las medidas *ex-parte*, solo en el caso de que las partes expresamente las convinieran (optar por permitir la inclusión por acuerdo de las partes);
- (iv) Permitir las medidas *ex-parte*, con el derecho de las partes de excluirlas en sus acuerdos (optar por permitir la exclusión por acuerdo de las partes).

VI.9. No hubo consenso en favor de ninguna de esas opciones. Las tres primeras tenían, además, el inconveniente de no ofrecer una solución de derecho uniforme. La cuarta implicaba aceptar sin condiciones las medidas *ex-parte*. Sin embargo, en la solución final, si se recogió el derecho de las partes de convenir la no aplicación del régimen de medidas *ex-parte*.

VI.10. El GT concluyó que la única solución aceptable para todos era la adopción del texto que se había convenido, pero que las ordenes procesales no serían ejecutables por los tribunales judiciales. En el reporte de la sesión (A/CN.9/573), en el párrafo 27, se registró la transacción como sigue:

“27. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino, en general, en incluir el proyecto revisado de párrafo 7) en el proyecto de artículo 17 sobre la base de los principios de que sería aplicable, salvo estipulación en contrario de las partes, de que se pusiera en claro que el mandato preliminar tendría el alcance de una mera providencia y no de un laudo, sin que el artículo 17 bis previera vía ejecutoria alguna para el mandato preliminar, y sin que se insertara nota de pie de página alguna para explicar su contenido.”

VI.11. El resultado fue el siguiente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal arbitral puede emitir una Orden Preliminar. La manera de proceder será como sigue:

- (i) El solicitante puede presentar al tribunal arbitral, sin ponerlo en conocimiento de la otra parte, dos peticiones. Una pidiendo la medida precautoria que pretende. La otra pidiendo a los árbitros que dicten una Orden Preliminar.
- (ii) El solicitante deberá satisfacer las condiciones necesarias para otorgar una medida provisional *inter-partes*.
- (iii) El tribunal arbitral sólo podrá emitir una Orden Preliminar cuando considere que existen motivos justificados para temer que la medida cautelar demandada no podrá surtir el efecto deseado antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.
- (iv) Inmediatamente después de que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre la procedencia de la Orden Preliminar, se notificará a la parte que vaya a verse afectada por esa Orden Preliminar, la demanda de la medida cautelar, la solicitud de la Orden Preliminar, la Orden Preliminar en sí, en caso de ser ésta otorgada, así como toda otra comunicación intercambiada al respecto entre alguna de las partes y el tribunal arbitral
- (v) El tribunal debe oír a la parte afectada de inmediato.

(vi) El tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que confirme, prorrogue o modifique la Orden Preliminar, o la deje sin efecto, una vez que se haya notificado al respecto a la parte afectada y que ésta haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos. Cualquiera que sea el caso, toda Orden Preliminar expirará a los veinte días de la fecha de su emisión.

(vii) El tribunal arbitral exigirá una caución apropiada al demandante de una Orden Preliminar, salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla.

(viii) En tanto que la parte que vaya a verse afectada por la Orden Preliminar no haya podido exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral, el demandante estará en todo momento obligado a comunicar al tribunal arbitral toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente a la hora de decidir si otorgará o no una Orden Preliminar.

(ix) Las órdenes provisionales no tendrán forma de laudos.

(x) Las órdenes provisionales no serán ejecutables por los tribunales judiciales.

VII.12. Al momento de terminar la redacción de esta nota, el GT tuvo su sesión 43, en Viena, en Octubre de 2005, en donde se confirmó la transacción y, con ligeros cambios, se adoptó un texto. Se decidió dividir los artículos facilitar su interpretación y lectura y que el paquete forme un nuevo capítulo sobre medidas precautorias. En enero de 2006, el GT tendrá su reunión 44, en donde revisará brevemente la redacción final. El texto será circulado a todos los países y organizaciones interesadas, para recibir observaciones y darle consideración final en la 39 sesión plenaria de la Comisión, programada para junio-julio de 2006, en Nueva York. México D. F., noviembre 4 de 2005.

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DIFERENTES MEDIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Por Lic. Roberto Hernández García*.

Los contratos administrativos derivados del artículo 134 constitucional y sus leyes reglamentarias - Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas- tienen características particulares (la ley aplicable, las normas que rigen a la administración pública federal y a los servidores público, etc.) que obligan a tener eficientes mecanismos de solución de controversias. Este trabajo hace referencia a los medios usualmente conocidos y aplicados en dichos contratos para permitir la solución de las controversias, destacando algunas de sus ventajas y desventajas con el objeto de que el lector se familiarice con ellas y al momento de optar por iniciar alguno de ellos, tome en cuenta los mismos. Para efectos del artículo nos referimos en forma genérica a las dependencias y entidades como "Gobierno", y a los contratistas y proveedores como "Particulares" para efectos de economía.

A) NEGOCIACION DIRECTA

Nos referimos a todas aquellas conversaciones o acercamientos directos existentes entre el Gobierno y los particulares tendientes a evitar un litigio: es un Medio de solución de controversias autocompositivo.

En muchas ocasiones este medio es útil para definir las posiciones existentes entre las partes que pudiesen derivar de diferentes criterios, faltas de entendimiento o confusiones, lo que permite la relación comercial, y se llega a una solución sin llegar a un conflicto.

Por supuesto que no existen en absoluto procedimientos ni formalidades de tipo alguno, y ello si bien es una ventaja en cierta forma, también es una desventaja pues en ocasiones los servidores públicos no se sienten completamente cómodos con este método porque pueden ser cuestionados por órganos fiscalizadores después de haber tomado una decisión (Vgr. Secretaría de la Función Pública /Auditoría Superior de la Federación), razón por la cual es posible que los propios servidores públicos motiven a los particulares a que inicien algún otro medio de solución de controversias mas formal (conciliación, arbitraje o litigio) para evitar tomar una decisión unilateral y sin otro apoyo, que en un futuro pueda ser cuestionada por una autoridad fiscalizadora.

Además aún existiendo un acuerdo logrado por medio de negociación este puede frustrarse cuando los acuerdos se someten a la aprobación de instancias superiores que no concuerdan con los acuerdos originalmente tomados.

B) PROCEDIMIENTO DE CONCILIACION

Es un medio de solución de controversias previsto tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en la que la Secretaría de

* Socio Director COMAD,
Vicepresidente del Comité Anticorrupción de la Comisión de Comercio Internacional ICC México.

la Función Pública por conducto de la Coordinación de Conciliaciones o bien a través de los Órganos Internos de Control de ciertas entidades (Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores, Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos) actúan como conciliadores, es decir actúan en su calidad de tercero que trata de avenir a dos o más partes en conflicto para que lleguen a un acuerdo, teniendo a la vez la obligación de ser imparciales.

Como ventajas destacan que es un procedimiento establecido en ley y en disposiciones administrativas diversas, y que la administración pública federal tiene más de 10 años manejando esta figura, no obstante que fue hasta las reformas de la LAASSP y la LOPSRM en el 2000 se incluyó el procedimiento formalmente, y se implementó en la administración pública la organización adecuada para llevarlo a cabo.

El procedimiento tiene reglas administrativas muy definidas tales como la forma de presentación del escrito de inicio del procedimiento, la forma en que deben llevarse a cabo las audiencias durante la conciliación, la duración del procedimiento etc.

Además el procedimiento tiene la ventaja de que en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo, este puede ser demandado en la vía judicial en caso de incumplimiento, mientras que en el caso contrario, quedan a salvo los derechos de los particulares para acudir a la instancia judicial o arbitral prevista en el contrato.

Las reformas del 2005 tanto a la LAASSP como a la LOPSRM permiten que los acuerdos tomados en conciliación solventen observaciones de auditoría gubernamental, situación esta que en muchos casos impedía que el procedimiento tuviera éxito, ante el temor de los servidores de ser observados o auditados por sus decisiones y acuerdos.

Asimismo dichas reformas prevén que ahora las partes pueden auxiliarse de un perito o tercero experto para procurar la solución de la controversia en caso de que no se logre un acuerdo.

Como desventajas podemos señalar que el inicio, desarrollo y éxito de la conciliación, depende única y exclusivamente de la voluntad de las partes, por lo que la capacidad y voluntad del conciliador es crucial.

Asimismo existen aspectos normativos que pueden generar un obstáculo en la conciliación, tales como la interpretación de la ley – misma que esta reservada a la Secretaría de la función Pública- ya que en el caso de que dichos aspectos normativos se relacionen con la interpretación del contrato, la SFP puede no emitir un criterio, pues no está facultada para interpretar los contratos en sí mismos, sino únicamente las disposiciones legales y reglamentarias, lo que permite que en diversos casos, dicha interpretación normativa, aplicada al contrato, pueda ser distinta por el Gobierno o por los particulares impidiendo la solución al conflicto.

Un punto importante a señalar es que el desconocimiento de las partes sobre la esencia de la conciliación genera que las partes la estimen como un cuasi o pre-litigio, cuando en realidad es una instancia que puede ser muy útil y conveniente para las partes, razón por la cual es necesario que tanto el Gobierno como los particulares procuren tener una mejor y más clara idea de la figura y su aplicación para que esta sea eficiente.

C) PERITO INDEPENDIENTE

El perito es un tercero ajeno a las partes, nominado en una cláusula específica del contrato administrativo con anterioridad al conflicto. El perito debe de ser un experto en la materia de la controversia (financiera, técnica, etc.) por lo que la opinión del mismo debe permitir a las partes solucionar la misma.

Regularmente es una figura usada en contratos de gran cuantía, incluyendo los contratos de Petróleos Mexicanos, así como los de inversión financiada de Comisión Federal de Electricidad.

Algunas desventajas que tiene la figura es que el perito puede desconocer que ha sido nombrado en el contrato y al momento de que surja la controversia no aceptar la encomienda o modificarla en los términos que las partes acordaron, retrasando la definición de la controversia.

Excepcionalmente es un procedimiento institucional. Regularmente se desarrolla conforme los eventos se susciten en términos generales, aunque últimamente las entidades del gobierno ya comienzan a incorporar reglas propias que, buenas o malas, dan una mayor certeza al procedimiento.

La decisión del perito es vinculativa por acuerdo entre las partes, quienes exceptúan dicha obligatoriedad en el caso de que exista "error manifiesto", término demasiado ambiguo, que ha generado inseguridad jurídica en diversos casos.

En caso de dicho "error manifiesto", las partes pueden acudir al arbitraje o litigio en su caso, para definir la validez del procedimiento pericial.

D) LITIGIO JURISDICCIONAL

Es el medio de solución de controversias previsto tanto en la Constitución como en la LAASSP y LOPSRM para conflictos de los que la Federación es parte.

El procedimiento se regula por el Código Federal de Procedimientos Civiles y es llevado a cabo ante Tribunales Federales.

La ventaja que tiene este medio de solución de controversias es que, habiendo llegado a la última instancia, se convierte en cosa juzgada, y consecuentemente en verdad legal, con lo cual ya no puede discutirse o apelarse. Dichas resoluciones definitivas no deben desatenderse, so pena de incurrir en un delito.

El servidor público considera que esta opción es benéfica pues traslada la decisión final de una controversia a un órgano jurisdiccional al que debe obedecer, lo que genera seguridad a la institución a la que pertenece.

Como Desventajas podemos señalar que en este medio pueden utilizarse medidas dilatorias diversas (como el cuestionamiento de la vía o la competencia de tribunal ante los cuales se representa la demanda) para retrasar el procedimiento y consecuentemente el conflicto. Otra causa de retraso puede ser el agotar las diversas instancias judiciales, sin embargo ello también permite una mayor seguridad jurídica.

E) ARBITRAJE

Es un medio de solución de controversias reconocido universalmente y aceptado por instituciones comerciales y financieras internacionales y por ello facilita esquemas contractuales y financieros en negocios complejos.

Como desventaja se puede señalar que la especialidad mercantil de los árbitros, en muchos casos evita que verdaderamente conciban el alcance del contrato administrativo y las leyes administrativas, resolviendo como si se tratara de contratos mercantiles.

Como los árbitros pueden no ser expertos técnicamente, regularmente se requieren peritos, como en el procedimiento judicial, pero sin las reglas que este último tiene.

Otra desventaja es que existen aún diversos cuestionamientos a nivel mundial sobre la validez de este medio de solución de controversias en tratándose de contratos públicos.

F) DISPUTE BOARDS

Es un medio de solución de controversias mediante el cual se establece un panel de expertos concedores en la materia objeto del contrato desde el momento de su celebración hasta su finiquito, así como en el sitio de su ejecución para ayudar a resolver los conflictos al momento en que estos surjan.

La ICC ha emitido reglas específicas relativas a Dispute Boards recientemente y están comenzando a ser aplicadas a nivel mundial.

Son pocos los contratos administrativos en los que se ha incluido este mecanismo, tales como algunos proyectos piloto de los Proyectos de Prestación de Servicios (PPSs) (No Contratos de Prestación de Servicios), no pudiendo dar una opinión de su resultado por lo reciente de su celebración.

Los miembros del panel son designados desde un principio y están cerca de la ejecución y desarrollo del contrato.

El panel conoce tanto los aspectos técnicos como jurídicos razón por la que los conflictos existentes pueden llegar a resolverse sin acudir a vías litigiosas (arbitral o judicial).

En caso de que no se llegue a un acuerdo o aceptación de las recomendaciones o decisiones, las partes pueden acudir a la instancia arbitral o judicial prevista en el contrato sin haber perdido el derecho a ello.

Cuando se acuerda que sea de conformidad con reglas previamente establecidas diseñadas por expertos en la materia, hace más viable su funcionamiento, las partes desde el principio saben a qué atenerse (plazos, sustitución de los miembros, elección de los mismos).

La experiencia internacional ha demostrado la reducción del número de controversias que se llevan a nivel de litigio (arbitral o judicial) en el caso de contratos en los que se incluye este tipo de solución de controversias.

Como desventajas podemos señalar que puede resultar una inversión adicional a la prevista para el contrato (Honorarios de los Miembros del Panel, los que se van a generar durante toda la vigencia, a diferencia de los honorarios de los árbitros, que solo en caso de conflicto se generan, o de los jueces que no cuestan nada).

Pueden las partes no atender (dependiendo del tipo de DB) las opiniones o resoluciones del mismo e iniciar una demanda judicial o arbitral.

Algunas dependencias y entidades han mostrado su interés en implementar este sistema, mientras otras dudan de su aplicación en la administración pública.

COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE LA NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE CUANDO UNA PARTE DEMANDA SU NULIDAD ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Lic. Rodrigo Zamora Etcharren.¹

En sesión del 11 de Enero de 2006, siendo ponente el Ministro Juan Silva Meza, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Contradicción de Tesis 51/2005-PS, entre los criterios sustentados por el Sexto y Décimo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, emitiendo a la vez la Tesis Jurisprudencial 25/2006.

En palabras de la Corte, la problemática planteada en la Contradicción de Tesis consistió en “determinar lo que jurídicamente debe ocurrir en casos en que una de las partes ataca de nula la cláusula compromisoria, y a su vez el cumplimiento del contrato donde aquélla se encuentra ¿Quién tiene competencia para decidir sobre la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y del cumplimiento del contrato, el juez estatal o el árbitro?”

La mayoría fue integrada por los Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza, la cual de inicio aceptó que, en la actualidad, la doctrina acepta la autonomía de la cláusula arbitral frente a las demás cláusulas del contrato donde aquélla está incluida, siguiendo el artículo 24 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La Corte entiende dicha autonomía en virtud de que la cláusula compromisoria, por ser de carácter procesal, no es una cláusula semejante a las otras cláusulas contractuales.

La Corte también reconoció que, por regla general, el acuerdo de arbitraje otorga competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir en relación a la existencia o validez del propio contrato, así como de la cláusula compromisoria. Por ende, si se ejerciera ante el tribunal arbitral la acción, excepción o reconvencción relativa a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, dicho tribunal sería el competente para decidir la cuestión.

Sin embargo, la Corte estableció una excepción a la anterior regla general, la cual se presenta en casos en que ante el órgano jurisdiccional se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, ejerciéndose al mismo tiempo la acción para que dicho acuerdo o cláusula compromisoria se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible. En ese caso, señaló la Corte, será necesaria una decisión judicial previa sobre la acción de nulidad.

En ese caso, por ejercerse no sólo la acción derivada o relativa al cumplimiento del contrato, sino también la nulidad de la cláusula compromisoria, el juez conserva jurisdicción sólo para decidir la acción de nulidad. Mientras esté pendiente la cuestión relativa a que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, se pueden iniciar o proseguir las actuaciones ante el árbitro, pues el órgano jurisdiccional sólo tiene competencia para resolver la cuestión relativa a la impugnación del acuerdo arbitral, mas no respecto de las demás acciones atinentes al cumplimiento del contrato. Conforme a la Corte, no se puede entender de otra forma el que se diga que se puedan iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales, que incluso supone que iniciado el juicio arbitral, se pueda ejercer ante el órgano jurisdiccional competente la acción relativa a que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

¹ Socio del Bufete Zamora Pierce. Egresado de la Escuela Libre de Derecho. Maestro por la Universidad de Nueva York (NYU).

La Corte aclaró que su interpretación no significa dividir la contienda de la causa, pues la Corte reconoce la autonomía del acuerdo de arbitraje del contrato que le da origen. Sin embargo, la elemental lógica jurídica indica que ejercida la acción correspondiente en determinada vía, esto es, ante el juez del órgano jurisdiccional o ante tribunal arbitral, no puede a la par o con posterioridad ejercerse la otra, pues dichas reglas de competencia se excluyen entre sí.

Conforme a lo anterior, la Primera Sala emitió la siguiente Tesis de Jurisprudencia:

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL.

La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla cuando, en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

Por otro lado, formularon voto de minoría los Ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Dicho voto inició señalando que los asuntos relativos a la validez, nulidad o inexistencia del acuerdo de arbitraje no constituyen de manera alguna cuestiones de orden o interés público.

En consecuencia, la minoría consideró que el arbitraje, en el ámbito internacional, se ha pronunciado en el sentido de que sólo los árbitros que las partes han convenido, explícitamente, por escrito, en el acuerdo arbitral, son quienes, única y exclusivamente, deben resolver toda controversia, suscitada o susceptible, incluyendo aquella que pueda suscitarse respecto de la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral. En ese sentido, la minoría citó las reglas de la London Court of International Arbitration, el reglamento de la American Arbitration Association, el reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el reglamento de arbitraje y la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y el artículo 1432 del Código de Comercio.

Así, la minoría concluyó que el artículo 1424 del Código de Comercio no debe interpretarse en el sentido de que los jueces o tribunales estatales son los únicos competentes para resolver sobre la acción de nulidad ejercida por alguna de las partes respecto de la cláusula compromisoria, pues se evidencia que la voluntad de las partes tiene como inminente propósito renunciar a la jurisdicción del Estado.

LA CNUDMI MODIFICA SU LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

José Luis Siqueiros**

I.- El mandato de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Conforme a una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas,¹ encomendándole fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho comercial internacional, en beneficio de todos los pueblos y para un amplio desarrollo del comercio universal, la CNUDMI preparó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley Modelo") en 1985.

Asimismo, la Asamblea General recomendó² que todos los Estados la examinaran debidamente, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional; lo anterior sin perjuicio de que la propia Comisión pudiera, con posterioridad a la aprobación de dicha Ley Modelo, el revisar y modificar el texto de sus artículos a la luz de las experiencias que se fueran obteniendo durante su funcionamiento.

En el ejercicio de sus facultades, la CNUDMI, durante las dos décadas siguientes la ha venido revisando, i.e., introduciendo reformas a su articulado. En fecha reciente³ ha reconocido la necesidad de que incluya aquellas disposiciones ajustadas a las actuales prácticas del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos, con respecto al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares. Después de concluir las deliberaciones apropiadas y extensas consultas con los gobiernos y círculos interesados, se han aprobado reformas y adiciones a la citada Ley Modelo.

Las últimas, de julio de 2006, están relacionadas con la definición y forma del acuerdo de arbitraje, con las medidas cautelares y las órdenes preliminares. En forma simultánea la CNUDMI ha auspiciado una recomendación relativa a la interpretación del párrafo(2) del Artículo II y del párrafo(1) del Artículo VII de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.⁴

II.- Disposiciones generales de la Ley Modelo modificadas o adicionadas en 2006.

Los artículos de la Ley Modelo que fueron revisados por la CNUDMI en el primer semestre de 2006, están relacionados con:

la aplicación de las disposiciones de la Ley;⁵
 origen internacional y principios generales;⁶
 definición y forma del acuerdo de arbitraje⁷
 medidas cautelares y órdenes preliminares⁸ y

* Para su publicación en el Boletín Informativo de PAUTA.

** Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional.

¹.- Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966.

².- Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985.

³.- De enero a julio de 2006. Documentos A/CN.9/605; A/CN.9/606 y A/CN.9/607.

⁴.- Sesión de la CNUDMI del 6 de julio de 2006.

⁵.- Artículo 1, párrafo 2.

⁶.- Artículo 2 bis.

⁷.- Artículo 7.

⁸.- Capítulo IV bis.

reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país (idioma en que fueron redactados)⁹

En lo que se refiere al inciso (a), el nuevo párrafo 2) del artículo 1 (ámbito de aplicación), precisa que las disposiciones de la Ley Modelo se aplicarán solamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado, salvo lo previsto en ciertos artículos de la misma Ley. Estos últimos están referidos al acuerdo arbitral, a las reclamaciones sustantivas y a las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral o por el foro judicial, al reconocimiento y ejecución de las últimas, así como a los motivos para denegarlas.

Por lo que toca al inciso (b), o sea al origen internacional y principios generales, la Comisión quiso subrayar que en la interpretación de la Ley Modelo deberá tenerse en cuenta su origen internacional, así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación; todo lo anterior dentro de un marco de buena fe. Las cuestiones relacionadas con el arbitraje comercial internacional, que no estuvieran expresamente resueltas en la Ley, se dirimirán de acuerdo con los principios generales en que esta última se funda.

En lo que concierne al inciso (c), relativo a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, la Ley establece¹⁰ que por “acuerdo de arbitraje” debe entenderse un acuerdo escrito, por el que las partes deciden someter a arbitraje cualesquiera controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria (incluida en el contrato) o la forma de un acuerdo independiente.

Se considerará que el acuerdo consta por escrito, si queda constancia de sus términos en cualquier forma. En el caso de que el acuerdo o el contrato se hubieran concertado en forma verbal se estimará que dicho acuerdo o contrato fueron confirmados mediante la ejecución posterior de ciertos actos o por cualquier otro medio.

El Artículo 7, en su primera variante (que es la que se analiza), dispone que el requisito de forma escrita en el acuerdo de arbitraje se cumple con una comunicación electrónica, si la información que en ella consigna es accesible para ulteriores consultas. Por “comunicación electrónica” se entenderá aquella que las partes hagan por medio de mensajes de datos, o sea la información generada o recibida por medios electrónicos¹¹, i.e., intercambio electrónico de datos, correo electrónico, telegramas, telex o telefax. Además, si el acuerdo está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación, cuando la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

De igual manera, la remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria, constituirá un acuerdo de arbitraje si dicha remisión implica que esa cláusula forma parte del contrato.

La segunda variante del artículo 7 sólo define lo que es un “acuerdo de arbitraje”; precisa que el último es aquél 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.¹²

III.- Artículos modificados de la Ley Modelo en materia de medidas cautelares y órdenes preliminares. (Capítulo IV bis) de la Ley Modelo.

En lo que respecta al inciso (d), la Comisión, tomando en cuenta las deliberaciones de su Grupo de Trabajo, y relacionadas con la práctica eficiente del arbitraje comercial a nivel internacional, concluyó que salvo acuerdo en

⁹.- Artículo 35, párrafo 2.

¹⁰.- El artículo 7 tiene dos variantes. La primera, con seis incisos, la define y precisa cuando el acuerdo de arbitraje cumple con el requisito de la forma escrita. La segunda sólo lo define

¹¹.- También magnéticos, ópticos o similares.

¹².- Básicamente, el inciso (1) en la primera opción de este dispositivo.

contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá – a instancia de cualquiera de ellas – otorgar medidas cautelares. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que el tribunal arbitral ordene a una de las partes: (a) mantenga el “status quo” antes de que se dirima la controversia; (b) adopte medidas para impedir daños inminentes al procedimiento arbitral o menoscabo del mismo; (c) proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar el laudo; y (d) preserve ciertos elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia. Cualquier parte podrá solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral, cuando se intente adoptar una medida cautelar sin dar aviso a la otra parte y le pida (al tribunal) que ordene a la otra parte que no frustre la finalidad de aquella.¹³

Después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar el tribunal arbitral deberá notificar a todas las partes la solicitud respectiva, en caso de haberla otorgado, así como de todas las comunicaciones al respecto; simultáneamente concederá a la parte afectada por la orden preliminar la oportunidad de hacer valer sus derechos. Las órdenes preliminares son vinculantes para las partes, pero no son susceptibles de ejecución judicial; tampoco constituyen un laudo.¹⁴

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, así como exigir al solicitante de una medida cautelar que otorgue una garantía adecuada; asimismo, podrá exigirla al peticionario de una orden preliminar, si lo considera apropiado. Los solicitantes y peticionarios de una medida cautelar o de órdenes preliminares serán responsables de las costas y de los daños y perjuicios que una y otras puedan ocasionar a la parte contra las que sean aplicables.

El Artículo 17 decies enumera los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares, en el caso de que el foro judicial esté convencido de que dicha denegación se justifica, así como cuando el propio foro resuelva que dichas medidas sean incompatibles con sus facultades, o existan algunos de los motivos de denegación previstos en el Artículo 36 de la Ley Modelo para la ejecución de laudos arbitrales.¹⁵

Por último, el inciso (e) del Capítulo II, está relacionada con la última de las modificaciones aprobada por la CNUDMI al texto de la Ley Modelo, y referida a su artículo 35, segundo párrafo. Dicho dispositivo en su versión original previene que para al reconocimiento y ejecución de los laudos, la parte que la solicite deberá suministrar el laudo original o una copia certificada del mismo, así como del acuerdo original de arbitraje. La versión reformada en 2006 elimina la referencia al “acuerdo original de arbitraje”¹⁶ conservando sólo el requisito de presentar una traducción del laudo al idioma oficial del Estado en que se presenta la solicitud de ejecución, en caso de no estar redactado en dicho idioma.

IV.- Recomendación sobre la interpretación de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La CNUDMI, en su sesión celebrada en el mes de julio de 2006, examinó también el texto de recomendación acerca de la interpretación que debe darse al párrafo (2) del artículo II y al párrafo (1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación debe de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.

¹³ .- Ver Art. 17 ter.(1). El solicitante deberá apartar pruebas convenientes de los daños o perjuicios (no resarcibles), que sufriría en caso de no concederse la medida.

¹⁴ .- Artículo 17 *quater*, párrafo (5).

¹⁵ .- El Artículo 36 de la Ley Modelo establece los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, independientemente del país en que fueron dictados.

¹⁶ .- El referido en el Artículo 7 de la Ley. (definición y forma del acuerdo de arbitraje).

En tal virtud, dice la CNUDMI, teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; habida cuenta también de que en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales, mismas que han dado origen a una amplia jurisprudencia, recomienda:

que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas,¹⁷ y que el párrafo 1) del artículo VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.¹⁸

Otros temas que ocuparon la atención de la CNUDMI, en su última Sesión, fueron: el problema del arbitraje en materia de insolvencia, los efectos de las órdenes judiciales para dar prioridad a resoluciones arbitrales y la posibilidad de aclarar algunos conceptos utilizados en el artículo I de la Convención de Nueva York. Tras un debate entre sus integrantes, la Comisión resolvió que su Grupo de Trabajo diera cierta prioridad al examen de una posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la propia CNUDMI.

Pensamos que las recomendaciones hechas por la Comisión sobre la interpretación que debe hacerse de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York, son oportunas y ponen énfasis en la necesidad de promover el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales en los países extranjeros donde se invoquen.

V.- Las modificaciones a Ley Modelo y la legislación mexicana.

La Ley Modelo de la CNUDMI (LM) fue formulada como un esquema para modernizar y, en lo posible, para uniformar las legislaciones nacionales en su enfoque hacia la esfera internacional. Si bien es cierto que su objetivo no está orientado a la actualización de la normativa interna, en la Nota Introdutoria de la LM la CNUDMI indica que "haciendo algunas adaptaciones técnicas de su texto, la misma puede ser usada también en el arbitraje doméstico".

Dichas "adaptaciones técnicas" constituyeron un problema para la Comisión Redactora que proyectó al texto del nuevo Título Cuarto, Libro Quinto, de nuestro ordenamiento mercantil. El problema, básicamente, consistía en adaptar la estructura normativa de la LM a la técnica legislativa del Código de Comercio. No obstante, y admitiendo que existen diferencias entre ambas normatividades, pensamos que nuestro ordenamiento mercantil recogió los principios y espíritu de su fuente, sin incorporarla literalmente.

Ahora bien, hasta que punto las recientes reformas a la LM pueden tener repercusión en la legislación mexicana vigente? Creemos que de tenerlo será de poco trascendencia. En realidad, algunas de las variantes introducidas al instrumento de la CNUDMI ya están incluidas en nuestro Código de Comercio. Así, por ejemplo, la definición y forma del acuerdo de arbitraje que contempla el artículo 7 revisado, es sólo una versión ampliada del texto del artículo 1423 de nuestro ordenamiento mercantil. Este último al referirse en su texto a otros medios de

¹⁷ .- El artículo II, (2) de la Convención de Nueva York solo hace referencia a un canje de cartas o telegramas.

¹⁸ .- Ver Anexo II del Informe de la CNUDMI (A/7CN.9 XXXIX/CRP. 1/Add.10). Obviamente la CNUDMI solo puede "recomendar" que ciertos dispositivos de la Convención de Nueva York se "interpreten" en determinada forma. Las modificaciones o adiciones a su texto original implicarían la suscripción de un nuevo instrumento convencional.

telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, ya contiene una referencia a las “comunicaciones electrónicas” como un medio para comprobar de que el acuerdo consta por escrito.

En lo que respecta a la reforma al Artículo 35, párrafo 2 de la LM, que elimina de su texto la referencia al original del acuerdo de arbitraje (dentro de la documentación que debe presentar la parte que invoque un laudo para su ejecución), pensamos que si bien reduce la carga probatoria del interesado, no amerita una futura reforma al Artículo 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio cuyo texto contiene el resto del citado artículo de LM.

En lo que concierne al nuevo Capítulo IV bis de la LM, referente a medidas cautelares y órdenes preliminares – que tiene una normatividad más extensa – quizá sería aconsejable el meditar la conveniencia de una adición a la legislación vigente. El Artículo 1425 del Código de Comercio dispone que “las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”. Ningún otro artículo del ordenamiento hace referencia a las mismas, ni a las órdenes preliminares.¹⁹

Sería tal vez aconsejable el considerar si el citado precepto (artículo 1425) pudiera adicionarse para incluir la facultad del tribunal arbitral para otorgar las mencionadas medidas, las condiciones para su otorgamiento, su reconocimiento y ejecución, así como la inclusión de las órdenes preliminares con su régimen específico. Se trataría pues de una ampliación del mismo artículo 1425, a fin de no aumentar la numeración progresiva del articulado del Capítulo II del Título Cuarto (arbitraje comercial).

La posible justificación lógica a esta hipotética reforma al dispositivo que se analiza, sería que la vigente normatividad mexicana fue inspirada en la LM de la CNUDMI y que si su fuente se modifica para adecuarla a las prácticas modernas del comercio internacional, el legislador mexicano podría también actualizar su derecho positivo en las materias que ameritaron las modificaciones o adiciones. Debemos ponderarlo a la luz de las experiencias prácticas en nuestro medio mercantil.

¹⁹ .- En tanto que la LM les consagra once dispositivos.