



Métodos 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 Jacqué

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.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



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

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

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

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 La Amigable Composición
Comentarios al artículo de Michael Bühler y Sigvard Jarvin.
Lic. Carlos Portilla Robertson y
Lic. Viviana Castro Hurtado

6 El Aumento del arbitraje en México
Lic. Rodrigo Zamora Etcharren

8 El caso Econet:
Requiem por un acuerdo arbitral frustrado
Dr. Francisco González de Cossío

11 Las Costas en el arbitraje, ¿una zanahoria o un palo?
Dr. Francisco González de Cossío

15 El procedimiento pre-arbitral en casos de emergencia
Dr. José Luis Siqueiros Prieto

19 Critica a los precedentes que sostienen que el amparo indirecto es la vía idónea para impugnar las sentencias que recaen a los incidentes de nulidad o de ejecución de laudos arbitrales.
Lic. Daniel Amézquita Díaz y Lic. Fernanda Garza Magdalena

24 La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales
Dr. José Luis Siqueiros Prieto

27 Techniques for eliciting expert testimony
Dr. Claus Von Wobeser

36 Directrices para el Arbitraje de Controversias Menores según el Reglamento de Arbitraje de la CCI

Lic. José Gerardo Banegas V.
Lic. Viviana Castro Hurtado.
Lic. Fernando del Castillo Elorza
Lic. Cecilia Flores Rueda
Lic. Juan Fernando Ibáñez M.
Lic. Carlos Loperena Ruiz
Lic. Carlos J. Mc Cadden Martínez
Lic. Juan Antonio Nájera Danieli
Lic. Andrés Nieto Sánchez de Tagle
Lic. Carlos F. Portilla Robertson
Rev. Dr. Claus Von Wobeser

43 Acumulación de procesos arbitrales e incorporación de terceros por la parte demandada conforme a las reglas de la ICC
Dr. Herfried Wöss

Estimados Socio y Amigos:

En nombre del Consejo Directivo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, tengo el gusto de presentar a usted el boletín informativo PAUTA número 53.

PAUTA 53, 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 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.

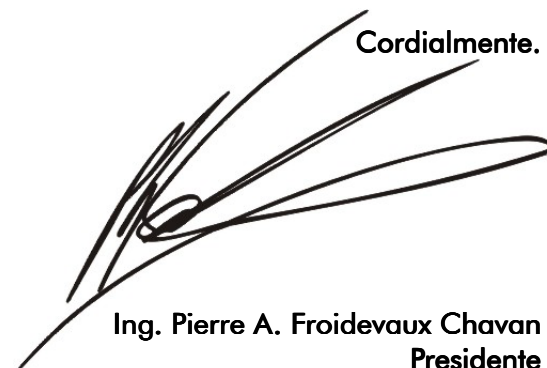
En este año 2007, la Comisión de Arbitraje tiene considerado la realización de diversos seminarios de capacitación en la materia en México, Querétaro y Monterrey, en los cuales contaremos con la presencia de la Doctora Katherine González Arrocha, Directora para América Latina de los Servicios de Resolución de Controversias de la CCI y del Doctor Christian Conejero Ross, Consejero de la Corte de Arbitraje de CCI (con sede en París Francia).

Como parte de los seminarios y cursos, esta comisión organizará eventos especiales sobre Arbitraje en Construcción, Arbitraje como método de resolución de controversias y especialmente en agosto de 2007 iniciaremos el XV Diplomado de Arbitraje que de manera ininterrumpida se a realizado anualmente en coordinación con la Escuela Libre de Derecho.

Estos seminarios, actividades y la edición de este boletín informativo PAUTA, son un claro ejemplo de los objetivos de la Comisión de Arbitraje, por lo que invitamos a los empresarios y asociados de este Capítulo a conocer las bondades de los métodos de resolución de controversias de CCI.

Tenemos confianza que este boletín y sus artículos realizados por abogados expertos en la materia serán de su interés y utilidad.

Cordialmente.



Ing. Pierre A. Froidevaux Chavan
Presidente

La Amigable Composición Comentarios al artículo de Michael Bühler y Sigvard Jarvin Por. Carlos Portilla Robertson*¹ y Viviana Castro Hurtado²

El arbitraje comercial es sin duda una modalidad de litigio novedosa, es una figura que cada día tiene más aceptación como mecanismo o vehículo para la resolución de controversias, que puedan surgir como consecuencia de una transacción comercial en la cual se haya o no suscrito un contrato o compromiso arbitral por las partes involucradas, máxime cuando esta relación comercial se da entre compañías de nacionalidad y/o domicilio distinto, con costumbres comerciales, jurisdicción y legislación diversa. Existen dos formas de arbitrar o resolver dichas controversias; la primera es el arbitraje en estricto derecho, en el cual el laudo arbitral es pronunciado en estricto apego a un determinado cuerpo normativo. La segunda tendencia es la de resolver la controversia surgida entre las partes, de acuerdo a la equidad y a lo que se considera justo y razonable para las mismas; sistema que ha dado en llamarse arbitraje en “amigable composición”.

Recientemente, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) circuló un artículo muy interesante llamado “Can the question of the law applicable to the merits be left undetermined by the amiable compositeur?”, cuya autoría corresponde a los señores Michael Bühler and Sigvard Jarvin. En este interesante artículo se debate respecto de la naturaleza del sistema de resolución de controversias a través de la amigable composición, y en el cual, se establecen dos teorías particulares sobre el tema, siendo estas las siguientes: la primera teoría expresa la posibilidad de que un amigable componedor deba decidir el caso que se le presenta sin hacer referencia alguna o fundamentarse en la ley aplicable, basando únicamente su juicio en lo que considera justo y equitativo para las partes. La segunda opción planteada por los articulistas, es aquella en la cual el árbitro debe considerar primero la solución al problema bajo la óptica de lo contratado por las partes y la ley aplicable al caso y que hubiere sido escogida y definida por las partes al momento de la suscripción de la cláusula arbitral; y, luego de esto decidir si la solución debe mantenerse apegada a la respuesta que sería válida de acuerdo al texto legal, o en su caso apartarse del sentido legal y acuerdo de las partes para cumplir con los parámetros de justicia y equidad que el árbitro considere pertinentes.

La CCI en su afán de consolidar posturas, o al menos, de tener la mayor cantidad de opiniones posibles que la lleven a tomar una resolución en la materia, llevó a cabo una investigación respecto a la forma en que se encuentra regulada la amigable composición en distintas naciones y con ello poder hacer un trabajo comparativo. Para ello, hizo llegar el referido artículo a un número considerable de colegas a nivel mundial para que efectuaran sus comentarios, proporcionándonos un cuestionario con el cual busca conocer nuestra opinión sobre los dos métodos sugeridos y las restricciones en que ambos métodos pudieran encontrar en la legislación nacional y, de no haber, la opinión respecto a cuál de estas formas creemos es la aplicable a nuestra jurisdicción.

En nuestro caso en particular, presentamos una serie de comentarios sobre la forma en que se encuentra regulada la amigable composición y respecto a lo que nosotros consideramos es la tendencia o forma que debería seguirse con respecto a este tema, expresando desde luego las razones por las cuales consideramos que, en su caso, esa es la mejor opción.

¹ Carlos Portilla Robertson. Es presidente de la Comisión de Mercadotecnia y Negocios Electrónicos y miembro de Comisión Ejecutiva de ICC México, y socio del despacho Basham Ringe y Correa S.C.

² Viviana Castro Hurtado. Es abogada del despacho Basham Ringe y Correa S.C.

En la primera pregunta la CCI nos pedía que nos pronunciáramos por aquella postura con la que estuviéramos a favor, esto es del método “A” (resolución de la controversia sin tomar en cuenta la ley aplicable) o “B” (resolución de la controversia buscando resolver en lo posible de acuerdo a lo pactado y establecido en la ley y de no encontrarse la equidad separarse de ésta).

A este respecto, nosotros consideramos que con la intención de dar respuesta a la pregunta, manifestamos que en este método de resolución de controversias (la amigable composición), el rol de los árbitros, también llamados amigables componedores, es precisamente la de resolver la controversia en definitiva sobre la base de lo que considera justo y equitativo, sin necesidad de hacerlo o tomar en cuenta la aplicación de una ley particular o el pacto de las partes.

En este tipo de arbitraje, es por todos conocido, que el árbitro debe tener la libertad de divorciarse del marco legal en general y del contractual en específico; sin embargo, este amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisión, no significa, en ningún caso, una libertad caprichosa o voluntariosa de dictar un laudo, sin que sea motivado o fundado. El árbitro debe dar un trato igualitario a las partes, y debe intentar, ajustar su decisión a lo pactado por ellas, a las disposiciones imperativas de la “lex arbitri” y en general, a las disposiciones de orden público, salvo que considere que al hacerlo se estaría emitiendo una resolución injusta e inequitativa, que es precisamente el valor protegido o tutelado a través de este sistema, sin violar en ningún caso las disposiciones de orden público.

Por otra parte, en la segunda teoría planteada en el artículo creemos que se busca en primer término, adecuarse a lo pactado por las partes o a lo establecido en la ley aplicable; y en caso de que esta aplicación corra el riesgo de emitir un laudo impráctico, injusto o inequitativo; entonces, surge la libertad o discrecionalidad del árbitro de sustraerse o alejarse de esta obligación, y la posibilidad de emitir un laudo, precisamente, sin tomar en cuenta lo pactado o establecido en las leyes. Esta forma de actuar consideramos que de alguna manera desnaturaliza la institución de la amigable composición, ya que las partes cuando buscan este tipo de arbitraje, lo hacen con la intención de tener un árbitro que decida el caso basando su decisión en lo que considera justo y equitativo, sin tener que consultar o tomar en cuenta la ley o lo pactado por las partes, ya que incluso en primera instancia, no estaría obligado a ello, lo cual sin duda, no quiere decir que no pudiera llegar a hacerlo de así quererlo.

La segunda pregunta que se nos planteaban es cuál de los métodos sugeridos por los articulistas consideramos que en la Jurisdicción Mexicana es aceptado y cuál de ellos es más susceptible de ser impugnado en cortes locales; a este respecto nuestra opinión es que en la Jurisdicción Mexicana no se establece preferencia u obligatoriedad de seguir uno de los dos métodos, por lo que cualquiera de ellos puede ser empleado, ya que no dejan de ser más que métodos que el árbitro puede usar o no usar para decidir un caso de arbitraje como amigable componedor. Lo único que la Legislación Mexicana hace a este respecto es proporcionar a las partes la posibilidad de someter sus controversias al arbitraje bajo el esquema de amigable composición.

Ahora bien, es importante señalar sin embargo, que el uso común de la figura de la amigable composición, es y ha sido sin duda, aquél en el cual el árbitro tiene la facultad y la libertad de resolver la controversia basado en lo que él considera justo y equitativo para las partes y no basando su laudo en la aplicación de la Ley. Es bueno destacar a su vez, que generalmente los árbitros que son nombrados amigables componedores, son por lo general personas de una conocida probidad, de un indudable sentido de justicia y ética; y por supuesto, una persona que por algún motivo en particular y, por supuesto, por su experiencia en determinado campo, pueden llegar a ser considerada un experto.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que un laudo que sea dictado en amigable composición pueda ser susceptible de ser impugnado en cortes locales, por la utilización de alguno de los métodos sugeridos, nosotros

consideramos que cualquiera de las dos alternativas propuestas, corre el mismo riesgo de impugnación en cortes locales. Ahora bien, México se ha caracterizado por sostener siempre la definitividad del laudo arbitral y una vez que el mismo haya sido homologado, sólo puede ser susceptible de impugnación en cortes nacionales, en caso de que, por ejemplo: el laudo viole disposiciones de orden público, decida sobre materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje como es el caso de la materia de familia, materia penal, etc. En otras palabras, la homologación de un laudo arbitral resuelto en base a la amigable composición en jurisdicción mexicana, podrá ser exitosa si no vulnera orden público o materia prohibida por la ley.

La CCI nos consulta nuestra opinión, sobre si en nuestro criterio consideramos que los lineamientos dictados por este organismo deben: en primer lugar expresar una preferencia por alguno de los dos métodos sugeridos, en segundo lugar; si deben solamente hacer una referencia a cualquiera de los dos métodos y ofrecerlos como alternativas válidas a las partes, o, en tercer lugar, si los lineamientos que la CCI dicte en esta materia deben sugerir que la selección entre cualquiera de los dos métodos, deberá ser hecha por las partes al momento de la ejecución de la cláusula o compromiso arbitral; de ser esto considerado conducente si la institución debería proporcionar a sus usuarios cláusulas arbitrales modelo que incluyan dicha sugerencia.

En nuestra opinión consideramos que: en primer lugar los lineamientos no deben incluir ninguno de los dos métodos sugeridos, ya que creemos que el hacerlo se le estaría imponiendo una restricción y por ende atentaría a la libertad de lo árbitros. Así las cosas, nosotros consideramos que el árbitro debe tener la libertad de usar el método que considere más adecuado para resolver la controversia y no tener que seguir un método sutilmente impuesto o sugerido.

En segundo lugar, y siendo coherentes con nuestra posición, consideramos que la CCI no debe tampoco incluir ninguno de los dos métodos ni siquiera a manera de una descripción de cada uno, sin emitir un juicio de valor sobre ellos. Finalmente, en cuanto al tercer escenario, nosotros no creemos que las partes deban involucrarse en la toma de esta decisión en ningún estado del proceso, ni al momento de la negociación de la cláusula arbitral, tampoco consideramos apropiado que sea incluido en una cláusula modelo sugerida por la CCI.

Es nuestra opinión que la figura de la amigable composición debe ser considerada como tradicionalmente se ha hecho, y dejarle al árbitro la libertad y potestad de elegir el método que le parezca más cómodo y favorable para la resolución de la controversia de acuerdo a la justicia y equidad.

El aumento del arbitraje CCI en México Lic. Rodrigo Zamora Etcharren.¹

1. INTRODUCCIÓN.

Existen pocas de formas de analizar y estudiar si el arbitraje está siendo más utilizado en México o si está cayendo en desuso. Como se verá a continuación, las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") demuestran plenamente el auge en México de este método de solución de controversias.

La CCI publica su Boletín 2 veces por año. El primer número de cada año contiene las estadísticas correspondientes a los arbitrajes iniciados en el año calendario anterior. Las estadísticas se refieren a las partes (número, nacionalidad y naturaleza), los árbitros (número, nacionalidad, método de designación, recusaciones y renunciaciones), el lugar de los arbitrajes (identificación de los más comunes y forma de designación), la ley aplicable al fondo, los sectores económicos que más acuden al arbitraje, las fechas y clases de contratos que dan lugar a las disputas, y los laudos (número, idiomas y correcciones e interpretaciones).

Para elaborar este documento he identificado las estadísticas del periodo comprendido entre 1997 y 2005 que se relacionan con aspectos que señalan algún elemento de nacionalidad o designación geográfica y que, por ende, permiten analizar la participación de México y de comerciantes Mexicanos en arbitrajes CCI.

2. ESTADÍSTICAS.

Partes Mexicanas. De 1997 al 2005, las partes Mexicanas que participan cada año en arbitrajes CCI se han multiplicado en **625%**. Mientas que en 1997 participaron 8 comerciantes Mexicanos en dichos arbitrajes, en el 2005 participaron 50. El auge ha sido paulatino, pues en 1998 hubieron 16 partes, en 1999 y 2000 fueron 27 partes cada año, en 2001 fueron 26, en 2002 participaron 34, en 2003 fueron 27 y en 2004 participaron 37.

Ahora bien, si relacionamos el aumento de partes Mexicanas con el aumento en partes de todo el mundo que han participado en arbitrajes CCI desde 1997 hasta el 2005, también encontramos un aumento del **568%**. Aunque en 1997 el porcentaje de partes Mexicanas solo representaba el 0.62% de 1290 partes, para el 2005 ese porcentaje había aumentado al 3.52% de 1422 partes. Esto demuestra que el crecimiento del arbitraje en México ha sido todavía mayor que el crecimiento medio global. Las estadísticas de 1998 al 2004 fueron las siguientes: 1998 - 1.39% (de 1151 partes); 1999 - 1.99% (de 1354 partes); 2000 - 1.93% (de 1398 partes); 2001 - 1.74% (de 1492 partes); 2002 - 2.09% (de 1622 partes); 2003 - 1.70% (de 1584 partes) y 2004 - 2.20% (de 1682 partes).

En las estadísticas del 2005, la CCI identifica a **México** como el **séptimo país** del cual participan más partes en todo el mundo, teniendo los primeros seis lugares los Estados Unidos, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Holanda.

En un tema accesorio, la relación de partes Mexicanas actoras contra partes Mexicanas demandadas ha variado a lo largo de estos años. Aunque de 1997 al 2004 hubo una relación similar, en 2004 se disparó el número de demandados y en 2005 sucedió exactamente lo contrario. En 1997 fueron 2 actoras y 6 demandadas, en 1998

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

fueron 9 y 7 respectivamente, en 1999 fueron 12 y 15, en 2000 fueron 17 y 10, en 2001 fueron 15 y 11, en 2002 fueron 17 por igual, en 2003 fueron 14 y 13, en 2004 fueron 13 y 24, y en 2005 fueron 35 y 15.

Árbitros Mexicanos. La participación de árbitros Mexicanos también ha tenido un incremento muy importante del **325%**, dándose el aumento más notable entre los años 1998 y 2000, manteniéndose muy parejo el número del 2000 hasta el 2005. En 1997 participaron 8 árbitros, reduciéndose el número a 3 en 1998 e incrementándose a 13 en 1999 y a 23 en el 2000. En el 2001 participaron 23 igualmente, en el 2002 fueron 24, en el 2003 fueron 22, en el 2004 fueron 23 y, finalmente, en el 2005 aumentó a 26.

Ahora bien, haciendo un análisis del porcentaje de árbitros Mexicanos de la totalidad de árbitros CCI para cada año, el aumento ha sido del **256%** (comparando 2005 con 1997) y de **622%** (comparando 2005 con 1998). Las estadísticas son las siguientes: 1997 - 1.07% (de 745 árbitros); 1998 - 0.44% (de 675 árbitros); 1999 - 1.53% (de 849 árbitros); 2000 - 2.83% (de 812 árbitros); 2001 - 2.42% (de 948 árbitros); 2002 - 2.48% (de 964 árbitros); 2003 - 2.23% (de 988 árbitros); 2004 - 2.42% (de 952 árbitros) y 2005 - 2.74% (de 948 árbitros).

En el reciente Boletín que incluye las estadísticas del 2005, la CCI señala que, en ese orden, los **once** países de los cuales se designan el mayor número de árbitros son: Suiza, Francia, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos, España, Italia, Bélgica, Canadá, Austria y **México**.

México como Lugar del Arbitraje. La designación de México como lugar de arbitrajes CCI también ha tenido un incremento importante del **500%** entre 1997 y el 2005. México fue designado 2 veces como lugar del arbitraje en 1997, 3 veces en 1998, 5 veces tanto en 1999 como en 2000, 9 veces en 2001, 5 veces en 2002, 6 veces en 2003, y 10 veces tanto en 2004 como en 2005.

Por lo que corresponde a las estadísticas del 2005, éstas identifican a la **Ciudad de México** como la **octava** ciudad señalada en mayor número de ocasiones como sede de arbitrajes CCI, estando arriba de ella sedes reconocidas desde hace muchos años como París, Ginebra, Londres, Zurich, Nueva York, Singapur y Madrid.

3. CONCLUSIÓN.

Los incrementos citados en distintos rubros de esta nota son una prueba clara del importante aumento en el uso del arbitraje en México y por los comerciantes Mexicanos. Incrementos en todos los aspectos del 625%, 568%, 325%, 256%, 622% y 500% en 9 años pintan una foto clara de lo que ha sucedido y son un sustento de la creciente importancia que el arbitraje tendrá en México en los próximos años.

**El caso Econet:
Requiem por un acuerdo arbitral frustrado
Francisco González de Cossío***

Introducción

Un caso reciente arroja lecciones prácticas sobre la *redacción* y *ejecución* de acuerdos arbitrales.

El caso es dramático. Su desafortunado desenlace derivó de lo que expertos (eufemísticamente) llaman una 'cláusula arbitral patológica', aunado a una omisión judicial. Afortunadamente, es útil para quienes aprenden de la experiencia ajena.

Antecedentes

*Econet Wireless Ltd. v. First Bank of Nigeria, et al*¹ surgió de una coinversión entre Econet Wireless International, una sociedad de Bermuda, First Bank of Nigeria y First Independent Networks Limited (un consorcio empresarial nigeriano) cuyo objetivo era obtener la concesión para incursionar en el mercado de telefonía celular de Nigeria. La coinversión incluyó un conjunto complejo de contratos y operaciones financieras, la emisión de series especiales de acciones para atraer capital de otros inversionistas como remedio a problemas financieros, y ofertas de adquisición por terceros. El resultado fue la exclusión del demandante como accionista de Econet Wireless Nigeria.

En forma paralela a litigios en Nigeria se inició un procedimiento arbitral con fundamento en el siguiente acuerdo arbitral contenido en un Convenio de Accionistas:²

Cualquier disputa, controversia o reclamación entre las Partes que surja de o en relación con la interpretación o ejecución de este contrato o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo será finalmente resuelto mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en vigor al momento de la controversia. El número de árbitros será tres y serán designados por el Juez

* Árbitro. Fundador de González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Observaciones bienvenidas a fgcoosio@gdca.com.mx.

¹ 21 Mealey's International Arbitration Report no. 5, Mayo de 2006, pgs. C-1 a C-10; Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXI, 2006, Kluwer Law International, pgs. 49 a 65.

² Traducción del autor de lo siguiente:

Any dispute, controversy or claim between the Parties arising out of or in relation to the interpretation or execution of this agreement or the breach, termination or invalidity thereof shall be finally settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect as at the date of the dispute. The numbers (sic) of arbitrators shall be three and they shall be appointed by the Chief Judge of the Federal High Court of Nigeria upon an application by any of the Parties. The Chief Judge shall specify which of the three arbitrators shall serve as the Chairman of the arbitral tribunal. The venue of arbitration shall be Nigeria and the language of the arbitration shall be English.

Presidente de la Corte Federal de Nigeria a solicitud de cualquiera de las Partes. El Juez Presidente deberá especificar quién de los tres árbitros fungirá como Presidente del tribunal arbitral. La sede del arbitraje será Nigeria y el idioma del arbitraje será inglés.

Como puede observarse, las partes contemplaron al Reglamento de la UNCITRAL de 1976 (el “Reglamento”), pero con una modificación que acabó siendo la semilla del fracaso del caso: contempló como mecanismo para suplir problemas en la constitución del Tribunal Arbitral a la judicatura de Nigeria. Ello modificó el régimen normalmente aplicable que establece que, ante la ausencia de la designación por las partes de un árbitro, o de los dos coárbitros del Presidente del Tribunal, será la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (Permanent Court of Arbitration - “PCA”) quien designe a la autoridad nominadora del Tribunal Arbitral.³

Surgida la controversia se acudió al Juez Presidente de la Corte Federal de Nigeria para la designación del Tribunal Arbitral. Desafortunadamente, se negó a actuar. Ante ello la demandante acudió a la PCA, quien a su vez designó a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”). Ésta nombró un Tribunal Arbitral compuesto por tres (destacados) árbitros.

La demandada cuestionó la jurisdicción del Tribunal arguyendo que la composición del mismo era contraria al pacto de las partes. No controvertía la negativa a actuar por el juez nigeriano. El corazón de su argumento era que, si las partes habían acordado que sería la judicatura nigeriana quien designaría al tribunal, tenían que atenerse a ello. Y ello permanece incólume aun en presencia de la ineficacia del pacto dada la negativa a actuar del juez nigeriano.

El Tribunal Arbitral, en ejercicio de su facultad de decidir sobre su propia competencia, determinó que carecía de la misma por no estar el Tribunal constituido acorde a la voluntad de las partes.

La premisa de su conclusión fue que la interpretación sugerida por la actora carecía de sustento contractual. Del texto del acuerdo arbitral se veía claramente que la autoridad que las partes contemplaron que designara al Tribunal era la judicatura nigeriana, no la PCA. La postura de la actora en el sentido que, dada la ineficacia de ello, debía entenderse que debía aplicar el régimen normal bajo el Reglamento (sin modificación) carecía de sustento alguno. Implicaría una modificación importante del acuerdo de voluntades de las partes, y el Tribunal carecía de facultades para ello: el Tribunal es un órgano *ejecutor* de la voluntad de las partes, no *modificador* o *corrector* de la misma. El que las partes hayan redactado un acuerdo arbitral *imperfecto* trae aparejado un resultado desafortunado, pero el Tribunal no puede *componer* el mismo.

Comentario

A primera impresión, el caso parece malo. Después de todo, huele a denegación de justicia, y una respuesta positiva por parte del Tribunal hubiera sido acorde con el principio *favor negotii*: si la mecánica contractualmente pactada no funciona el Tribunal debe *interpretar* el acuerdo arbitral de tal forma que tenga efectos.

El Tribunal opinó distinto. Utilizando argot jurídico mexicano, no se trataba de un ejercicio de *interpretación*, sino de *integración*. Al tratarse de un acuerdo arbitral, y al ser el mismo (tradicionalmente) interpretado en forma estricta, la opinión del Tribunal fue que *interpretación* no podía convertirse en *integración*. La distinción es sutil, mas trascendente.

³ En resumen el artículo 7 del Reglamento establece que, en caso de que un árbitro no sea nominado, sea por la parte en cuestión o por los coárbitros, la “autoridad nominadora” (appointing authority) que las partes hayan señalado los escogerá. Si las partes no han establecido qué institución fungirá como autoridad nominadora, el Secretario General de la PCA la escogerá.

Interpretar es desentrañar el sentido oculto de una norma (en este caso contractual). *Integrar* implica reconstruir. Llenar lagunas. Y es aquí donde encontramos la lección más importante del caso: si las partes *construyen* un acuerdo arbitral defectuoso, deben de atenerse a sus consecuencias.

Moralejas

Muchas son las moralejas que pueden derivarse de esta (triste) experiencia. Deseo resaltar tres:

1. Para los redactores de contratos: La redacción de acuerdos arbitrales es un ejercicio delicado. Pero existe una medida fácil para evitar problemas estilo *Econet*: emular en lugar de reinventar.

Repetiré una sugerencia dicha *ad nauseam* por expertos en arbitraje con respecto a cláusulas arbitrales: es más fácil, y pro-cliente, copiar los formatos de cláusulas arbitrales sugeridas por reglamentos, que elaborarlas *de novo*. El riesgo de no seguir la sugerencia es alto, como lo demuestra *Econet*.

2. La Judicatura: La Judicatura de cada jurisdicción juega un papel importante en el diseño y funcionamiento del sistema de adjudicación global. Es decir, del Estado de Derecho mundial. Para que el arbitraje funcione, la Judicatura tiene que implementar los (excepcionales pero importantes) pasos que el derecho arbitral le contempla. No es que uno sea mejor que otro, sino que ambos se complementan. Son pilares distintos que soportan un todo. Sin uno, el edificio se derrumba. Y la seguridad jurídica de quienes descansan en la eficacia del sistema arbitral se desmorona.

3. Los escépticos: se ha insinuado que el principio *compétence-compétence* tiene un defecto de origen: pone en manos del Tribunal determinar su competencia, lo cual es como dejarle a un niño determinar cuántos dulces comer. La preocupación es infundada, y *Econet* lo demuestra.

Auguste Comte decía que el *único* conocimiento es el empírico. Disiento. El sabio no es aquél que ha vivido mucho en carne propia, sino quien sabe aprender de la experiencia ajena.

Habiendo aprendido de la experiencia de *Econet*, no queda más que tocarle un *réquiem*. Esperemos que las moralejas se asimilen y permitan que en el futuro sea un *allegro* el que se escuche al ejecutar de acuerdos arbitrales.

Las costas en el arbitraje, ¿Una zanahoria o un palo?

Francisco González de Cossío*

I. Introducción

Las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas. Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redundaría en detrimento de la eficacia del arbitraje. En este estudio se examinará por qué concibiéndolos como lo que pueden ser: un incentivo o una sanción. Una zanahoria o un palo.

Para ello se analizará se explicará su concepto (§II) y regulación (§III), para luego y proceder a examinar los incentivos que las costas generan (§IV), concluyendo con observaciones finales (§V).

II. CONCEPTO DE COSTAS

El Código de Comercio no define o enuncia qué se entiende por “costos del arbitraje”. Si bien la razón es desconocida,¹ no debe ser preocupante. Después de todo, es con frecuencia definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será establecido por el tribunal arbitral en el laudo. No obstante lo anterior, por lo general abarcan los siguientes conceptos:

- a) Los honorarios del tribunal arbitral;
- b) Los gastos del tribunal arbitral, incluyendo los de viaje;
- c) Los costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Los gastos incurridos por los testigos, incluyendo de viaje, en la medida en que sean aprobados por el tribunal arbitral;
- e) Los gastos de representación y asistencia legal de la parte que prevalece, cuando dichos gastos hayan sido reclamados durante el procedimiento arbitral y exclusivamente en la medida en que el tribunal arbitral determina que los mismos son “razonables”; y
- f) Cualesquiera gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje, en su caso.

Una especie de gasto dio lugar a debate: los gastos legales de las partes. Algunos delegados sostenían que en muchos sistemas jurídicos cada parte tiene que pagar a su propio abogado y que el perdedor es condenado a pagar los gastos legales del ganador únicamente cuando se trata de casos en los que la demanda es frívola o cuando existen tácticas dilatorias por parte de la parte que perdió.² Otros delegados, considerando que los honorarios legales evidentemente formaban parte de los costos del arbitraje que pueden ser distribuidos, se oponían a una disposición expresa que permitiera a los árbitros la determinación sobre su distribución en base a su

* González de Cossío Abogados, S.C. Observaciones bienvenidas a fgcoosio@gdca.com.mx.

¹ A diferencia del resto del derecho arbitral mexicano, el capítulo de costas (artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio) está inspirado en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. Esta es una de las pocas áreas en las que la ley mexicana sobre arbitraje se apartó de la ley modelo de la UNCITRAL. Al hacerlo se copiaron, casi en su totalidad, las disposiciones sobre el tema del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. (Artículos 38 a 41 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.)

² Report of the UNCITRAL on the Work of Its Eighth Session: Chapter V, Annex I, [1975] VI UNCITRAL Y.B. Note on the Travaux Préparatoires, pg. 212.

razonabilidad. En casos internacionales y complejos es necesario contar con servicios de asesoría jurídica cuyo costo que debe ser resarcida.³

Si bien existe una práctica variada en relación con el resarcimiento de gastos legales, no existen reglamento arbitral alguno que imponga el deber a la parte perdedora a pagar los gastos legales de la parte ganadora. Por ello, el derecho arbitral deja el tema regulado en forma abierta dándole a los árbitros la discreción (mas no la obligación) para determinar si, y en qué medida, los gastos legales deben ser resarcidos.⁴ Ante ello, no existe una presunción de que la parte que pierde debe pagar a la parte que gane sus gastos de representación. El tribunal arbitral tiene libertad para determinar si deben resarcirse, y su razonabilidad.

III. Regulación

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje: la libertad de las partes de regular este tema, la metodología para la determinación de los gastos del arbitraje, las reglas para distribución de los costos entre las partes y la facultad del tribunal para solicitar de las partes la realización de un depósito anticipado para cubrir gastos del procedimiento arbitral. A continuación se tratará cada una.

A. Libertad de Reglamentación Contractual

El Código de Comercio establece expresamente la libertad de las partes de convenir el método de reglamentación de las costas del arbitraje.⁵ Esta libertad puede ser ejercida ya sea directamente (mediante pacto expreso), o indirectamente (mediante una remisión a un reglamento arbitral). Es por lo general la segunda la práctica seguida.

En ausencia de pacto expreso, serán aplicables los artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio. Es decir, se trata de derecho dispositivo.

Una recomendación práctica es procedente. Es frecuente encontrarse con cláusulas arbitrales que la parte vencida cubrirá la totalidad de los gastos arbitrales. Con contadas excepciones, esta disposición es poco recomendable. Lo anterior por varias razones:

- a) En ocasiones no hay una parte vencedora. Ambas pueden haber prevalecido en unos puntos y perdido en otros. Además, el calificativo puede ser artificial.⁶
- b) Puede tratarse de una disputa legítima (no una excusa para incumplir) en la que es sensato que, al margen del resultado, cada quien cubra la mitad de los costos.
- c) De tratarse de una cobranza a un deudor moroso, se hubiera justificado que éste cubriera la totalidad de los gastos.

A lo que pretendo llegar es que las cláusulas que establecen *a priori* el pago de las costas por una de las partes pueden *a posteriori* tornarse inadecuadas. Por ello, salvo casos raros,⁷ por lo general es más recomendable no

³ Pieter Sanders, COMMENTARY ON THE UNCITRAL ARBITRATION RULES, II YBCA, 1977, pg. 332.

⁴ Committee Report Note on the travaux préparatoires, pg. 43. Pieter Sanders, COMMENTARY ON THE UNCITRAL ARBITRATION RULES, II YBCA, 1977, pgs. 214-217.

⁵ Artículo 1452 del Código de Comercio.

⁶ Piénsese en el caso en que el demandante demandó 100 millones y el demandado reconvino con un millón. Si el laudo decide que la parte demandada debe pagar a la demandante un millón, ¿puede decirse que el demandante fue victorioso?—después de todo, su pretensión fue rechazada en 999 millones. Piénsese también en el caso en que el laudo determine que ninguna de las partes probó sus pretensiones, ¿quien es el victorioso? Finalmente, si se prevalece en una parte del arbitraje, pero los gastos (no recuperables) superan la parte en la que se prevaleció, de insistir en calificar el procedimiento como victoria, tendría que añadirse junto a ello el calificativo siguiente: Pírrica. Los casos pueden parecer exagerados, pero la práctica con frecuencia los soslaya.

⁷ En un caso del que tuvo conocimiento el autor, la disposición resultó adecuada puesto que, dados los antecedentes de conducta de una de las partes (era habitual que el deudor utilizara todos los recursos en su poder para retrasar o evitar pagos), era aconsejable que supiera que, de tener que iniciarse un arbitraje, tendría un efecto cascada: incrementaría sus adeudos en forma importante. Es decir, se buscó desequilibrar la simetría con la finalidad de encarecer futuras medidas dilatorias.

restarle esta discreción de distribución al tribunal arbitral para que éste ejerza la misma atendiendo las necesidades del caso particular.

B. Determinación de los gastos del arbitraje

Como punto de partida el Código de Comercio establece que los gastos serán cubiertos por la parte vencida en el procedimiento arbitral.⁸ Esta regla general no es óbice para que el tribunal arbitral los distribuya en forma distinta, o para que las partes acuerden una distribución distinta, lo cual generalmente sucede en el acuerdo arbitral. Sin embargo, esta regla tiene una limitante: que los mismos sean “razonables” a criterio del tribunal arbitral.

Bajo el criterio de “razonabilidad” de los gastos en el arbitraje el tribunal debe considerar lo siguiente al momento de hacer su determinación sobre gastos:⁹

- a) El monto en controversia;
- b) La complejidad de la materia;
- c) El tiempo invertido por los árbitros;
- d) Cualquier otra circunstancia relevante.

La norma en cuestión busca establecer un límite a la posibilidad de que se disparen los costos del procedimiento arbitral, o una manera de evitar abuso por una de las partes.

La aplicación del criterio de “razonabilidad” es semejante a un “examen de balanceo”: el tribunal hará un ejercicio que se asemeja a poner en ambos lados de una balanza las circunstancias relevantes que abogan en favor de la distribución entre las partes de los mismos. Realizado lo anterior, se observará la inclinación de la balanza y en base a ello se hará una determinación de la distribución de los gastos en forma acorde.

Lo anterior implica que el tribunal tomará en cuenta todas las circunstancias del caso para distribuir los gastos en forma justa. Un criterio importante en ello es la conducta de las partes en el procedimiento. Cuando una reclamación es frívola, o una parte provocó gastos en el procedimiento mediante conducta activa (p.e., tácticas dilatorias) u omisiva (p.e., dejar de comparecer a la audiencia sin aviso previo), por lo general el tribunal arbitral toma en cuenta dichas circunstancias para repercutir en su contra los gastos que de ello se generen a cargo de la otra parte.

Esta facultad es de gran utilidad práctica. La posibilidad de que los gastos sean repercutidos en forma dispar incentiva a las partes (asumiendo sofisticación) para litigar de buena fe y buscar medidas que eficienten el procedimiento arbitral.¹⁰ Veamos porqué.

IV. LAS COSTAS COMO una ZANAHORIA O COMO UN palo: UN EJERCICIO DE diseño DE INCENTIVOS

A. Incentivos

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.¹¹

⁸ Artículo 1455 del Código de Comercio.

⁹ Artículo 1454 del Código de Comercio.

¹⁰ Por ejemplo, en un caso que recibió atención pública (*Ethyl Corporation v. the Government of Canada*, Laudo sobre competencia de fecha 24 de junio de 1998), la falta de cumplimiento con un requisito de procedencia del arbitraje dio como lugar un incidente de debate que involucró una audiencia. Al concluir el mismo el tribunal sostuvo que, no obstante que era cierto que el demandante no había cumplido con el requisito en cuestión, era necesario desechar la reclamación puesto que ello sólo invitaría al desperdicio de recursos (tiempo). Sin embargo, dado que el incumplimiento del requisito estaba demostrado, la sanción más adecuada era repercutir todos los gastos de dicha etapa a la parte que incumplió con el mismo.

¹¹ Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

La importancia y utilidad de los mismos es con frecuencia pasada por alto por juristas.¹² No debería, cuando los incentivos son bien diseñados pueden ser muy efectivos. Lo que es más, en ciertos casos pueden ser el motivo por el que un fin se logre.¹³ Mal manejados pueden generar el resultado inverso.¹⁴

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Una zanahoria o un palo.

Las costas en arbitraje generan incentivos. Ello está fuera de duda. Lo que está en tela de juicio es si dicha herramienta es correctamente utilizada. De poco sirve su existencia si no son utilizados, o si se utilizan con poca habilidad.

Las costas deben utilizarse tanto como una zanahoria como un palo. Así lo permite su régimen legal.

B. Las Costas como Zanahoria

Como zanahoria, dado que la distribución de las costas obedecerá a, inter alia, el comportamiento de las partes en el arbitraje, ello incentiva conducta procesal correcta (litigio de buena fe) y desincentiva conducta desdeñable: chicanas, tácticas dilatorias, solicitudes procesales innecesarias, promociones obesas, etcétera.¹⁵

C. Las Costas como Palo

Como palo, la distribución de costas sirve de sanción: la parte en el arbitraje que lo encarezca será condenado a pagar una porción mayor del mismo. La justicia de ello es evidente. Pero es además eficiente: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenado a soportar los gastos que ello genera.

D. Prerrequisito elemental

Pero todo lo anterior supone algo indispensable: que el tribunal arbitral en verdad distribuya los costos entre las partes en base a su conducta procesal. Y esto, que parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer una llamado enérgico a que así se conciba.

No hacerlo genera incentivos perversos: no solo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos perversos¹⁶ y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.¹⁷

V. COMENTARIO FINAL

Además de su función evidente, las costas en arbitraje cumplen una función importante: incentivar arbitrar de buena fe. Así deben ser concebidas y utilizadas por el órgano que las maneja: el tribunal arbitral. No hacerlo propicia la subutilización de la herramienta, genera incentivos perversos y pierde la oportunidad de procurar uno de los fines últimos del arbitraje: ser un mecanismo *eficiente* de solución de controversias.

¹² Un estudio reciente aborda el fenómeno y aboga por una concepción, confección y utilización del Derecho de tal forma que se tomen en cuenta los incentivos: *EL ESTADO DE DERECHO: UN (DESESPERADO) LLAMADO DE ACCIÓN*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., 2007.

¹³ Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta delictiva. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿porqué no existe más crimen? Una respuesta reside en el deseo de la gente de no ser percibido como un delincuente. De ser cierta la explicación, querría decir que aun ante una parca ejecución del Derecho Penal se logra disuadir conducta antisocial. Ello pone en manifiesto lo poderosos que pueden ser los incentivos.

¹⁴ Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

¹⁵ Claro, esto supone sofisticación del practicante. La suposición puede ser insostenible a corto plazo pero es aceptable a largo plazo. Además, aunque no lo fuera, el diseño del derecho tiene que asumirla, so pena de quedarse marginado por la realidad o permanecer como un instrumento burdo.

¹⁶ ¿Porqué litigar de buena fe si no recibo los beneficios de ello? O lo que es peor, dado que mi adversario litiga de mala fe, y dado que no se repercutirán los costos en consecuencia, ¿porqué no jugar dicho juego? Como puede verse, no distribuir los costos en atención a la conducta procesal que los genera, incentiva conducta procesal desdeñable.

¹⁷ En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue esta lógica. Ello es desafortunado. No hay nada más injusto que, después de litigar de buena fe y no entrar al juego de chicanas y actos diversos que encarecen el arbitraje, se condene a ambas partes a sufragar los costos en porciones iguales.

El procedimiento pre-arbitral en casos de emergencia

José Luis Siqueiros

1.- La designación de árbitros temporales en casos de emergencia.

En el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tengan una duración prolongada, pueden presentarse conflictos entre las partes que requieren de respuestas urgentes, que no pueden esperar hasta la decisión del árbitro designado o del tribunal judicial.

Por tal motivo la Cámara Internacional de Comercio (la CCI) ha establecido las Reglas de Procedimiento Pre-arbitral¹, a fin de que las partes que así lo hubieran convenido puedan tener acceso a un procedimiento rápido ante una persona designada al efecto como Tercero² (*referee*); este último está facultado para expedir órdenes de emergencia con antelación a la formación del tribunal arbitral o a la intervención del juez competente que en su oportunidad conocerán del asunto. Tales órdenes pueden referirse a la conservación o registro de pruebas o bien para prevenir daños o pérdida de los derechos de una de las partes. Es conveniente apuntar que estas reglas de procedimiento pre-arbitral y el nombramiento del árbitro Tercero, de ninguna manera usurpan las facultades de otras entidades como pueden ser el tribunal arbitral o el juez nacional, las que resolverían en última instancia el fondo de la disputa.

Las mencionadas Reglas de la CCI fueron establecidas en 1990. Nueve años después, en 1999, la American Arbitration Association (la AAA) emitió unas disposiciones similares al promulgar sus *Reglas Opcionales para Medidas Emergentes de Protección*³. Si bien es cierto que las últimas forman parte de las Reglas Generales de Arbitraje Comercial de la AAA⁴, las *Reglas Opcionales* pueden aplicarse conjuntamente con cualquiera de las Reglas Generales. De conformidad con sus *Reglas Opcionales*, la Asociación, después de notificarlo a las partes, designará a un árbitro Tercero (*referee*). Este último tendría competencia para resolver sobre medidas urgentes de protección a fin de prevenir “daños o pérdidas irreparables” a cualquiera de las partes, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

Las medidas urgentes de protección tanto de la CCI como de la AAA, solo se aplican cuando las partes expresamente optaron por ellas en su compromiso arbitral, i.e., antes de que surja la controversia. A continuación examinaremos, con mayor detalle la reglamentación de la CCI y de la AAA.

2.- Las reglas de la CCI.

Como anteriormente se indicó las partes pueden convenir, con anterioridad al surgimiento de la disputa, en la designación de una persona – el Tercero o “*referee*” – quien estará facultado para emitir ciertas órdenes en un procedimiento preliminar, antes de que se forme el tribunal arbitral o exista un órgano judicial que sea competente

¹ .- *Pre – Arbitral Referee Procedure Rules*.

² .- La oficina de la CCI ha empleado este término como traducción al español del vocablo “*referee*”. Para mayor claridad emplearemos indistintamente los términos “Tercero” o “árbitro Tercero”.

³ .- *Optional Rules for Emergency Measures of Protection (1999)*.

⁴ .- Consultar los Capítulos 0-1 al 0-8 de las Reglas Generales.

en el caso. En tal hipótesis el Secretariado de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI actuará también como Secretariado del procedimiento pre-arbitral.⁵

Cuales son las facultades del árbitro Tercero? Entre otras, la de ordenar las medidas conservatorias o de restauración que se estimen necesarias para prevenir cualquier daño inmediato o pérdidas irreparable, resguardando los derechos o propiedades de las partes; asimismo, la de ordenar a una de ellas el pago de una obligación adquirida, el cumplir con otra establecida contractualmente (firma o entrega de documentos), o cualquiera otra medida que fuera necesaria para preservar o establecer pruebas.⁶

Los poderes del *referee* pueden ser modificados por el consenso expreso de las partes expresado en forma escrita; asimismo, a menos que las partes lo autorizaran expresamente por escrito, el *refere*) no podrá actuar como árbitro en procedimientos posteriores entre dichas partes o en cualquier otro procedimiento en el que existiera un vínculo o cuestión que estuviera relacionada con su intervención en dicha capacidad.

El tribunal arbitral o el juez competente, que en su oportunidad conozcan del arbitraje, podrán también ordenar otras medidas provisionales o de conservación que consideren necesarias. A tal efecto, el tribunal arbitral y el juez competente, si el ordenamiento legal lo permite, se considerarán autorizados por las partes para ejercer las facultades otorgadas al árbitro Tercero (*referee*).⁷

Una vez que el *referee* haya sido nombrado, el Secretariado le transmitirá el expediente y lo notificará a las partes. A partir de ese momento toda la documentación deberá remitirse al citado árbitro Tercero con copia para el Secretariado. Cualquier recusación de una parte respecto del árbitro Tercero será resuelta por el Presidente de la CCI después de oír los comentarios de la otra parte y del *Referee*. La resolución del Presidente será discrecional e inapelable.⁸

Las resoluciones que dicte el árbitro Tercero se enviarán al Secretariado; tendrán el carácter de órdenes y cada una se sustentará con los razonamientos que procedan. Las partes convienen en acatar las órdenes del *referee* y renuncian al recurso de apelación ante el juez en caso de que el último las instrumente. Sin embargo, las citadas órdenes no son definitivas del fondo de la disputa, ni obligan a la autoridad que sea competente. No debe olvidarse que las mismas se emiten con anterioridad a que el tribunal arbitral o el juez conozcan del caso concreto.

3.- Las reglas de la AAA.

Anteriormente se precisó que el Centro Internacional para la Resolución de Controversias – conocida como la ICDR por sus siglas en inglés – es una institución que forma parte de la American Arbitration Association (AAA) y que sus Reglas Opcionales para Medidas Emergentes de Protección (*las Reglas Opcionales*) forman parte de sus Reglas Generales de Arbitraje Comercial. Estas *Reglas Opcionales* contienen un nuevo artículo 37 que aplica a todos los arbitrajes que se manejan de conformidad con cláusulas arbitrales o a arbitrajes *ad hoc* convenidos por las partes a partir del 1 de mayo de 2006.⁹ El citado artículo 37 de las *Reglas Opcionales* previene que cualquiera de las partes que requiriera el otorgamiento de una de dichas medidas, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral notificará su intención a la institución administradora del arbitraje y a todas las partes involucradas. En dicha notificación deberá consignar la clase de protección que pretende y las razones por las por la cuales las

⁵.- Artículo 1.2 de las Reglas de Procedimiento Pre – Arbitral.

⁶.- Artículo 2 de las mismas Reglas.

⁷.- Artículo 2.4.1 de las mismas Reglas.

⁸.- Artículo 4.3 de las Reglas.

⁹.- *Emergency Measures of Protection*. Ver nuevo Artículo 37 de las Reglas ICDR que esta vigente a partir de mayo 1, 2006. En la preparación de este apartado el autor consultó un artículo publicado en el *Dispute Resolution Journal* Vol. 61 No. 2 (mayo-julio, 2006) de la AAA, escrito por Ben H. Sheppard y John M. Townsend.

requiere con emergencia. Dentro de un día hábil siguiente a la fecha de recepción de tal notificación la institución administradora designará a un árbitro emergente del padrón correspondiente a este tipo de árbitros.

El árbitro seleccionado, en un plazo que no excederá de dos días hábiles al de su nombramiento, establecerá las posibilidades para el otorgamiento de las medidas de protección, dando oportunidad a todas las partes para que puedan ser oídas y alegar su derecho. El árbitro emergente estará también facultado para ordenar las medidas de carácter provisional o de conservación que estime convenientes; dichas medidas podrán hacerse efectivas a través de un laudo o de una orden manifestándose las razones que se tuvieron para emitir uno u otra. Cualquier laudo provisional u orden de emergencia pueden condicionarse al otorgamiento de una garantía por parte del peticionario

Las peticiones de las partes a una autoridad judicial para el otorgamiento de medidas de protección no se considerarán incompatibles con lo dispuesto en el artículo 37 de las *Reglas Opcionales* o con el acuerdo de las partes para llevar el asunto al arbitraje.

Una vez que se forme el tribunal arbitral cesarán las facultades del árbitro emergente. No obstante, si las partes así lo acordaran, podrá ser nombrado como uno de los integrantes del tribunal arbitral. Las costas y gastos incurridos por el otorgamiento de una medida de emergencia serán fijados por el árbitro emergente, pero quedarán sujetos a la decisión final del tribunal arbitral una vez designado. El mismo artículo 37 de las *Reglas Opcionales* le otorga al árbitro emergente el derecho para pronunciarse sobre su propia competencia en el arbitraje. Una vez constituido el tribunal arbitral cesarán las facultades del árbitro emergente. No obstante, si las partes lo acordaran, el último podrá ser nombrado como uno de los integrantes del tribunal arbitral.

4.- La legislación mexicana.

El Código de Comercio en su Título Cuarto (Del arbitraje comercial) dispone que las disposiciones del mismo se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje. Por lo que respecta al acuerdo de arbitraje el mismo deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.¹⁰

El mismo ordenamiento dispone que aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.¹¹ A que “medidas cautelares provisionales” se refiere el Código de Comercio? Se trata de una de las “providencias precautorias” que se dictan por el juez en los procedimientos mercantiles. . . ? Debemos recordar que las últimas están referidas a las medidas precautorias que pueden dictarse por el juzgador, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio. El Código de Comercio dispone que la providencia precautoria podrá dictarse “. . . cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha practicado la diligencia y se tema que los oculte o enajene”¹²

¹⁰ .- Artículo 1423 del Código de Comercio.

¹¹ .- Artículo 1425 del mismo Código.

¹² .- Artículo 1168, fracción III, del Código de Comercio.

Sin embargo no creemos que la designación de un árbitro temporal para casos de emergencia pueda considerarse como una medida cautelar, medida que como se indicó, está referida a circunstancias específicas o para conservar la materia del litigio; por ejemplo, del arraigo el demandado o el secuestro de bienes cuando la parte demandada no disponga de aquellos o por cualquier otro motivo quedara insolvente.

En resumen, no pensamos que el nombramiento de un árbitro temporal - un “referee” en la terminología inglesa- pueda considerarse en nuestra legislación como una medida cautelar provisional. El artículo 1426 del Código es suficientemente claro; nos precisa que las partes podrán designar libremente el número de árbitros y que a falta de tal acuerdo será solo un árbitro. La posibilidad de reformar en un futuro la legislación existente o de revisar las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México para incorporar a un árbitro Tercero o “referee” antes de la designación del tribunal, merecería la reflexión de los especialistas.

Crítica a los precedentes que sostienen que el amparo indirecto es la vía idónea para impugnar las sentencias que recaen a los incidentes de nulidad o de ejecución de laudos arbitrales.

**Daniel Amézquita Díaz
Fernanda Garza Magdaleno**

El Código de Comercio, en materia de arbitraje comercial internacional se ha reformado dos veces a últimas fechas, una en 1989 y otra en 1993.¹ La última de sus reformas consistió en la adopción de la llamada Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), en materia de arbitraje comercial internacional,² incorporando la misma al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (CC) vigente.

De acuerdo con el artículo 1463 del CC, el procedimiento o ejecución de laudo arbitral se sustanciará incidentalmente conforme al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

Por su parte, el artículo 360 del CFPC, mismo que se encuentra en el Capítulo Único del Título Segundo de dicho Código, señala el trámite que seguirán los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial en el mismo.

Ahora bien, la remisión del CC al artículo 360 del CFPC ha generado intenso debate académico en torno a la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve en definitiva la ejecución o nulidad de laudo arbitral y en consecuencia, el medio de defensa idóneo en contra de la misma.

En efecto, hay quienes sostienen que la naturaleza jurídica de la resolución que recae a un procedimiento de ejecución o nulidad de laudo arbitral es la de una sentencia interlocutoria, toda vez que el artículo 1463 del CC establece que el trámite que seguirán dichos procedimientos será incidental, aunado al hecho de que el artículo 360 del CFPC, disposición a la que se remite el CC para efectos de sustanciar los citados procedimientos, se encuentra en el Capítulo de Incidentes del mismo.

El efecto de sostener lo anterior consiste en apoyar la idea de que el medio de defensa idóneo para combatir una sentencia que recaiga a un procedimiento de ejecución o nulidad de laudo arbitral es el amparo indirecto, previsto en el artículo 114, fracción III de la Ley de Amparo (LA).

En este sentido se ha pronunciado el Poder Judicial a través de sendos criterios jurisprudenciales entre los que figura el siguiente:

“LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACION Y EJECUCION DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TERMINOS DEL ARTICULO 114, FRACCION III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO.

¹ LOPERENA Ruiz Carlos, “Ejecución de laudos arbitrales comerciales extranjeros en México”, en Arbitraje Comercial Internacional. Compilación, Publicaciones Fontamara, D.F., 2000, p.p. 108

² *Idem*, p.p.111

Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el precedente es el juicio de amparo indirecto ante los Jueces Federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal.

Contradicción de tesis 21/93. Sustentadas por los Tribunales Tercero y Segundo Colegiados, por una parte, y el Quinto Tribunal Colegiado, todos en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de cuatro votos. 18 de octubre de 1993. Ponente: Miguel Montes García. Secretario: Jorge L. Rico Rangel.”

Asimismo, a través de una Tesis aislada que al rubro reza: “LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO”, se confirmó lo anterior en los siguientes términos:

...Sin embargo, los Jueces no están autorizados para revisar los laudos de manera integral, ya que de lo contrario podrían nulificarlos, aun por cuestiones de fondo, para lo que sería necesario que previamente las partes comparecieran ante el Juez a plantearle el debate, y el sistema generalmente adoptado consiste en que si la violación contenida en el laudo transgrede el orden público, el Juez no debe ordenar su ejecución, pero si solamente perjudica intereses privados debe ordenarla; y una vez decretado judicialmente su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional **y es entonces que el agraviado puede ocurrir ante los tribunales de la Federación en demanda de amparo, que deberá tramitarse en la vía biinstancial...**³

Con independencia de lo anterior, existe otra postura doctrinaria de quienes sostienen que a pesar del desafortunado lenguaje del artículo 1463 del CC y la incorrecta asimilación de los trámites de ejecución y nulidad a incidentes, los procedimientos relativos no se tratan de incidentes sino de verdaderos juicios independientes.

Quienes apoyan lo anterior, afirman que la naturaleza jurídica de la resolución que recae a un procedimiento de ejecución o nulidad de laudo arbitral es la de una sentencia definitiva, impugnabile vía amparo directo conforme a lo previsto en el artículo 158, segundo párrafo de la LA.⁴

En este sentido también se ha pronunciado nuestro Poder Judicial Federal a través de diversos criterios jurisprudenciales, entre los que destacan los siguientes:

“NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. SU TRÁMITE ES INCIDENTAL PERO LA RESOLUCIÓN QUE DECIDE EL FONDO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA QUE NO ADMITE RECURSO ALGUNO POR LO QUE PROCEDE EN SU CONTRA AMPARO DIRECTO.

³ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo XVI (Agosto de 2002). Quejosa: Mecalux México, S.A. de C.V. 138/2002. Amparo en revisión

⁴ Entre otros autores: Carlos de Silva Nava, PROCEDENCIA DE AMPARO DIRECTO CONTRA RESOLUCIONES SOBRE NULIDAD O RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA COMERCIAL, en Diagnóstico y Propuestas sobre los Sistemas de Impartición de Justicia en México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo II, 2004, pg.1509 y Francisco González de Cossío, ARBITRAJE, Editorial Porrúa, D.F., 2004, pg. 414

El artículo 1460 del Código de Comercio remite al incidente previsto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral, pero eso no significa que sustancialmente sea un incidente, toda vez que atendiendo a su objetivo primordial que es resolver respecto de la procedencia o improcedencia de la nulidad del laudo arbitral, es posible concluir que el procedimiento en cuestión, tanto material como formalmente, tienen la naturaleza de un juicio, entendido éste como el procedimiento que tiene por materia una acción principal, con la pretensión de obtener la satisfacción del interés legalmente tutelado a través de una decisión judicial y no es un simple incidente, porque éstos por su naturaleza son accidentes que surgen de un juicio principal, para resolver cuestiones de carácter adjetivo o accesorio, relacionadas directamente con un juicio principal, lo que no ocurre con el procedimiento de nulidad de laudo arbitral que tiene una materia propia y principal. Por tanto dada la naturaleza y fines del procedimiento en cuestión que son propios de un juicio, la resolución que lo decide en cuanto al fondo, constituye una sentencia definitiva, respecto de la cual si no procede recurso alguno en términos de lo dispuesto en la parte final del artículo 1460 del Código de Comercio, es impugnabile mediante amparo directo, en términos de lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 116/2006. Fletes Avella, S.A. de C.V. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Everardo Maya Arias.”⁵

En el mismo sentido se pronunció el Séptimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito al pronunciar la Tesis aislada aprobada en Pleno el 15 de enero de 2007, en el amparo promovido por la quejosa Maquinaria IGSA, S.A. de C.V. que reza:

“LAUDO ARBITRAL. INCIDENTE DE NULIDAD DEL. SU TRÁMITE CONSTITUYE UN JUICIO PRINCIPAL, POR LO QUE LA RESOLUCIÓN QUE LA RESUELVE DE FONDO, LE PONE FIN Y ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO

Si bien el artículo 1460 del Código de Comercio establece que la nulidad planteada se sustanciará incidentalmente, también lo es, que de su correcta intelección se advierte que no se trata de un incidente, en virtud de que sólo se refiere a la forma en cómo deberá substanciarse como proceso, sin que tenga implicación a la naturaleza substancial que se persigue (nulidad). En efecto, el término “incidente”, deriva del latín “incidere” que significa sobrevivir, interrumpir o producirse, y que jurídicamente implica el procedimiento secundario que tiende a resolver conflictos de carácter adjetivo relacionados con el asunto principal, y que deben resolverse para poder continuar o concluir la secuela principal, como se evidencia por ejemplo, del artículo 359 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En cambio, el procedimiento de nulidad constituye la secuela principal, porque persigue decidir de manera sustantiva la nulidad reclamada, lo que material y jurídicamente significa un juicio con sustantividad propia, es decir, no depende de otro procedimiento principal, ni resuelve controversias de carácter adjetivo, además, de que cuenta con las etapas que integran un juicio (presentación de la demanda, contestación, ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, alegatos, citación, y dictado de la sentencia); por tanto, la resolución que la decide de fondo, o le pone fin, es impugnabile en amparo directo conforme a los artículos 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo.”⁶

⁵ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo XXIV (Julio de 2006). Quejosa: Fletes Avella, S.A. de C.V. 116/2006. Amparo en revisión.

⁶ Tesis aprobada en sesión plenaria de fecha 15 de enero de 2007 del Séptimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito, con número de clave TC017084.9C11, en el amparo directo 811/2006, promovido por la quejosa Maquinaria IGSA, S.A. de C.V.

Ahora bien, respecto a las disidentes posturas que han tomado los distintos estudiosos de la materia, así como el Poder Judicial, desde mi punto de vista, lo correcto es sostener que la naturaleza jurídica de la resolución que recae a un procedimiento de ejecución o nulidad de laudo arbitral es ser una sentencia definitiva impugnada vía amparo directo.

Lo anterior, en virtud de las siguientes consideraciones:

- En primer término, consideramos que a pesar del deficiente lenguaje del artículo 1463 del CC, los procedimientos de ejecución o nulidad de laudo arbitral no se tratan de procedimientos incidentales, sino de verdaderos juicios independientes.

Lo anterior, en virtud de que no hay un procedimiento judicial del cual derive la ejecución o la nulidad del laudo arbitral, que se sustancie en paralelo y del cual derive éste, lo que es una característica de los incidentes.

En este sentido, simpatizamos con la postura adoptada por el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito antes mencionada, en el sentido de que es posible concluir que el procedimiento en cuestión, tanto material como formalmente, tienen la naturaleza de un juicio, entendido éste como el procedimiento que tiene por materia una acción principal, con la pretensión de obtener la satisfacción del interés legalmente tutelado a través de una decisión judicial y no es un simple incidente.

De hecho, consideramos que el sostener que dichos procedimientos de ejecución o nulidad son incidentes conduciría a sostener que el procedimiento arbitral, cabe señalar, extrajudicial, es el juicio principal del cual derivan los incidentes en cuestión, lo cual llevaría al absurdo de sostener que procede juicio de amparo directo en contra del laudo arbitral (por ser la resolución definitiva).⁷

- Asimismo, nos parece que el amparo directo es la vía idónea para combatir este tipo de resoluciones en materia arbitral, atendiendo a los principios que persigue el propio arbitraje, entre los que destaca la celeridad del procedimiento.

En efecto, el juicio de amparo directo uni-instancial es más acorde a los fines perseguidos por los procedimientos arbitrales, toda vez que su trámite es más breve que el del amparo indirecto bi-instancial.

No obstante lo anterior, el 30 de enero del presente año, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el amparo directo en revisión promovido por Grupo Radio Centro, S.A. de C.V., contra la sentencia del día 10 de noviembre de 2004, dictada por el Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil en el Distrito Federal en el expediente de nulidad número 654/2004.⁸

El punto litigioso en controversia radicó en el debate en torno al medio de defensa idóneo en contra la resolución que declaró la nulidad de un laudo arbitral, dependiendo de si la misma constituye una sentencia definitiva para los efectos del amparo, impugnada mediante amparo directo, o si por el contrario, dada la naturaleza jurídica del

⁷ Ello sería absurdo, en virtud de que el Tribunal Arbitral está compuesto por particulares y por lo tanto, no califica como "autoridad responsable" para efectos del Juicio de garantías, así como por el hecho de que el procedimiento arbitral no constituye un juicio sino un procedimiento extrajudicial heterocompositivo, así como por el hecho de que cronológicamente se tendría un juicio principal que habría concluido antes de iniciado el incidente relativo al mismo (lo cual carece de lógica porque el incidente es un procedimiento accesorio de un principal que no tiene razón de ser si el principal ha concluido).

⁸ Jesús Aranda, "La Suprema Corte posterga el análisis del litigio Grupo Radio Centro-Infored" en LA JORNADA, martes 30 de enero de 2007, disponible en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipi/ipi.asp?id=1026> al 23 de febrero de 2007.

arbitraje y de la propia resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral, procede el amparo indirecto en términos de lo dispuesto en la fracción III, del artículo 114 de la Ley de Amparo.

Con 5 votos a favor se resolvió el proyecto elaborado por el ministro Juan N. Silva Meza (Guillermo Ortiz Mayagoitia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio Valls y José de Jesús Gudiño Pelayo) ⁹ mediante el cual se determina que *“la sentencia reclamada en amparo dictada dentro del incidente de nulidad, que declaró la nulidad del laudo arbitral, no puede ser considerada sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo directo, toda vez que mediante la resolución incidental se está declarando nulo el laudo arbitral, por lo que en su contra procede el juicio de amparo indirecto ante juez federal”*.¹⁰

Sobre el particular, consideramos conveniente que el Poder Judicial Federal reconsidere en el futuro cercano modificar su criterio con base en los razonamientos definidos con anterioridad, siguiendo el ejemplo y la línea de razonamiento esbozada por los Tribunales Colegiados de Circuito, a fin de reconocer la naturaleza correcta de la resolución que recae a los procedimientos de ejecución o nulidad de laudo arbitral y la necesidad de que se respete y ejecute a la brevedad lo resuelto en un procedimiento arbitral..

⁹ Jesús Aranda, “Gana Infored round procesal en la SCJN a Grupo Radiocentro” en LA JORNADA, miércoles 31 de enero de 2007, disponible en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipi/ipi.asp?id=1030> al 23 de febrero de 2007.

¹⁰ Proyecto de sentencia elaborado por Juan N. Silva Meza.

La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales. José Luis Siqueiros*

1.- Reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En una importante resolución dictada en febrero de 2007, el pleno de la Suprema Corte de Justicia nuevamente determinó que los tratados internacionales celebrados por México y aprobados por el Senado son, junto con la Constitución y las leyes del Congreso que emanen de ella, la ley suprema de la Unión.

La importancia de esta tesis, que aparentemente solo confirma el texto del Artículo 133 de la Constitución, es que, a juicio de muchos juristas la misma viene a establecer el principio de que los tratados tienen una jerarquía –solo por debajo de la Constitución– superior a las leyes federales estatales y del Distrito Federal. En otras palabras, que los tratados son la “ley suprema” de la Unión. Lo anterior, según lo explicó el Presidente de nuestro máximo tribunal, Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, significa que “si en un juicio de amparo se declara que una ley es contraria al tratado internacional, el efecto debe ser que dicha ley no se aplique al quejoso”.¹

La Dirección General de Comunicación Social de la Suprema Corte, expresó que la tesis solamente viene a ratificar que los tratados internacionales están jerárquicamente por debajo de la Constitución Política, pero arriba de las leyes federales estatales y del Distrito Federal. Asimismo, confirma que dichos tratados tienen la misma jerarquía de las denominadas “leyes de carácter general”.

¿Que debemos entender por estas últimas? Pensamos que están referidas a la legislación aprobada por el Congreso de la Unión para reglamentar dispositivos de la propia ley fundamental, es decir, a preceptos que vienen a detallar y regular uno o varios artículos de la Constitución con el fin de precisar los conceptos y los medios que sean necesarios para su aplicación. Resulta pues es interesante el que la reciente decisión de la Suprema Corte determine que los tratados tienen una jerarquía superior a otros ordenamientos, entre ellos las leyes federales, estatales y del Distrito Federal.

Recordemos que de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), por estos últimos debe entenderse “los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya sea que consten en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.² En relación con la última parte de la definición anterior, la práctica brinda una

* Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional.

¹.- Así lo determinó en sus comentarios a la prensa “Reforma”, 14 de febrero, 2007.

².- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 3149.

nomenclatura muy variada para la denominación de los acuerdos internacionales; así encontramos diversas denominaciones en las que pudiera existir semejanza con el mismo término tales como: convención, convenio, acuerdo, pacto, protocolo, etc. Sin embargo, al margen del título que se les asigne, los citados acuerdos serán internacionalmente vinculantes.

De la definición que nos da la Convención de Viena pueden derivarse algunos comentarios. En primer lugar, pueden existir otro tipo de acuerdos que no están cubiertos en la definición y que pueden considerarse tratados internacionales. Tal es el caso de los acuerdos que celebran las organizaciones internacionales que ofrecen particularidades propias en sus mecanismos de concertación. Es interesante destacar que la definición antes transcrita, (adoptada en 1969), alude a la celebración por escrito de los referidos instrumentos. Sin embargo, casi cuarenta años después, y con los avances tecnológicos en materia de comunicación, es posible que los acuerdos se obtengan por grabaciones electrónicas o por otros medios más modernos que acrediten la manifestación de la voluntad de los Estados involucrados.

Por otra parte, en la definición se precisa que los tratados deben ser regidos por el derecho internacional. Sin embargo, puede darse el caso de que los Estados puedan convenir que el acuerdo se rija por el derecho interno de uno de ellos o por la reglamentación de una organización interestatal.

2.- La jerarquía de los tratados.

Al discutirse en la Corte los catorce amparos en revisión en contra de diversos impuestos de importación aplicados a mercancías provenientes del exterior, el Pleno de ministros determinó avocarse solamente al tema de la jerarquía normativa que los tratados internacionales tienen en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, los ministros confirmaron que los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano tienen la misma jerarquía de las denominadas "leyes de carácter general", es decir, aquella legislación que está por encima de las leyes federales, estatales o del Distrito Federal, solo con una prioridad inferior a la Constitución Política.³ En virtud de dicha resolución, los amparos en revisión fueron devueltos a distintas salas de la Suprema Corte, a fin de que sus Ministros determinen si hay o no un "desajuste" entre la ley ordinaria y los tratados internacionales, sin discutir sobre la llamada jerarquía normativa de los tratados temática que fue analizada por el Pleno y que fue resuelta como antes se anotó.

Es de interés señalar que en la Convención de Viena se advierte una tendencia que apunta a favor de la primacía de los tratados sobre el derecho interno. En el art. 27 del instrumento se hace hincapié que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, estableciéndose que esta normativa se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el art. 46 de la misma Convención. En este último, se contempla el caso de las ratificaciones de tratados considerados irregulares. Así, la violación de una disposición del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegada por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que tal violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de dicho derecho. Se considerará que una violación es manifiesta cuando así resultara objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Creemos que la referencia a la Convención de Viena es oportuna, pues viene a confirmar la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de derecho interno; en el caso de nuestro país, con la única excepción de

³.- Comunicado de prensa de la SCJN del 13 de febrero de 2007.

la Constitución y de sus diversas leyes reglamentarias, (aquellas que la Suprema Corte ha denominado “leyes de carácter general”), con las que los tratados mantienen la misma jerarquía.

Como anteriormente se indicó, los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Tienen también una jerarquía superior a las leyes generales que expide el Congreso Federal.

En relación con estas últimas, la teoría general en materia de tratados establece que el régimen para la celebración de los mismos debe definirse de acuerdo con la soberanía de los Estados y que toca las constituciones internas el regular los mecanismos internos por los cuales un Estado adquiere compromisos en el exterior, vía de las convenciones internacionales.⁴

En resumen, pensamos que la reciente resolución de la Suprema Corte viene a confirmar la postura jurisprudencial en el sentido de que los tratados son, junto con la Constitución y las leyes del Congreso que emanen de ella, la ley suprema de la Unión.

⁴.- Ricardo Méndez Silva, Diccionario Jurídico Mexicano. Obra citada.

Techniques For Eliciting Expert Testimony The Arbitral Tribunal-Appointed Expert By Claus von Wobeser*

I cannot find a better way to start than rephrasing part of the presentation of this module: “[t]he need for expert testimony in arbitral proceedings is generally unquestioned, but the proper way to bring it to bear is hotly contested. The use of tribunal-appointed experts may be on the upswing, but if so, so is the intensity of the debate over their proper role. Are they just another expert, whose views are subject to full disclosure and whose testimony is subject to full examination by the parties, or are they private advisors to the tribunal?” And I could add the following questions: What are the bases to designate the tribunal-appointed experts? How should the terms of reference of such tribunal-appointed experts be established? And, how can tribunal-appointed experts be made most useful?

In the following paragraphs I will indicate generally the bases governing experts designated by the arbitral tribunal and I will try to make some recommendations based on my theoretical knowledge, but above all on my practical experience (as arbitrator and as party counsel), for avoiding or, at least, attenuating problems arising from tribunal-appointed experts.¹

Evidence or the *evidentiary phase*, being one of the most important elements in every adversarial proceeding such as commercial arbitration, is one of the most complex in practice. Even more so because or perhaps due to the fact that, the different arbitral laws or rules do not exhaustively regulate the handling of evidence² before the arbitrator or arbitral tribunal.

This lack of exhaustive provisions in relation to evidence, as in many other aspects of the arbitral procedure, is not the result of negligence or omission on the part of the drafters. On the contrary, it reflects one of the most important principles of commercial arbitration: that of the flexibility of the proceedings. The flexibility with regard to procedure within arbitration reflects the aspiration for efficiency, which should be understood as getting the best result possible in terms of legal certainty with the least cost in terms of time and money. Evidence is treated differently in arbitration than in judicial proceedings, given that the judicial formalism of the latter does not and should not exist in arbitration.³

The evidence demonstrates to the arbitrator the truth of the version of the facts that each of the parties invokes as the foundation of its claim or answer. The lack of evidence negatively affects the parties,⁴ which is why the offering and submission of the evidence constitutes what in general procedural theory is called a procedural burden: the *burden of*

* Managing partner of the law firm Von Wobeser y Sierra, S.C., in Mexico City. Vicepresident ICC International Court of Arbitration.

¹ It is important to mention from the beginning that, given the scope of this document, I will not be able to enter into detail about the regulation of expert evidence in general, nor recommendations in that respect.

² When speaking of the *handling of evidence* we refer to the establishment and implementation of the rules with respect to the offering, admission, preparation, presentation and weighing of the different evidentiary materials during the arbitral proceeding.

³ See, among others, GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Edit. Porrúa, México, 2004; p. 244.

⁴ This becomes still more obvious in those countries with a civil law tradition, as is the case with the majority of Latin American countries, where, according to the principle governing commercial proceedings, if the parties do not offer or render evidence, the judge cannot ask for any evidence not requested by the parties (*ultra petita*).

proof.⁵ Notwithstanding the above, the great majority of the existing arbitral rules and laws grant the arbitrator or arbitral tribunal full investigative powers to make use of the means they consider appropriate to resolve the dispute.⁶ This authority of the arbitral tribunal, based in part on the principle of procedural flexibility, is limited, on the other hand, by two other fundamental premises: (i) the duty of equal and impartial treatment of the parties; and (ii) providing the parties with a full opportunity to present their case. In addition, the duty of the arbitrator to observe *due legal process*⁷ must not be forgotten, even in the case of an arbitration where powers to act as amicable compositeur or to decide *ex aequo et bono* have been conferred.

Due to the above, the procedural forms and practices for the handling of the evidence vary a great deal in commercial arbitration, above all in international cases due, among other things, to the complexity of the matters in dispute, the involvement of parties of different nationalities and the existence of arbitrators trained under different legal systems.

This variety of procedural forms and practices (which should be mentioned, is not bad *per se*, and on the contrary, benefits the versatility of commercial arbitration to adapt to the circumstances and complexity of a particular dispute) extends to the practice of expert evidence or expert witnesses testimony.

The unquestioned importance of expert evidence in commercial arbitration arises from, among many other elements, the fact that it is a useful tool that provides to the arbitral tribunal arguments or reasoning for the formation of its opinion with respect to certain facts, the perception or understanding of which, due to their technical nature, is beyond the knowledge of the members of the tribunal. On the one hand, it is an activity engaged in by persons with specialized knowledge on a certain science, art, technical matter or trade, and on the other hand, such knowledge has to do with particular facts that require such specialized knowledge in order to adequately interpret their causes, effects, meaning, relationships, weight, etc.⁸

As indicated by **YVES DERAINS** and **ERIC A. SCHWARTZ**, the use of expert testimony in international arbitration would seem surprising at first glance in the understanding that one of the repeated advantages of arbitration is the power or opportunity given to the parties to select arbitrators with specialized technical knowledge in the area of the matters in dispute. Furthermore, the designation of an expert considerably elevates the cost of the proceedings and, in the majority of the case, inevitably lengthens the evidentiary phase. Nevertheless, as these authors go on to mention, some international disputes are very complex, containing legal, technical, financial and other problems for which it is necessary to possess several specialized areas of knowledge in order to reach a satisfactory solution.⁹

⁵ According to this principle, it is left to the parties and their legal representatives to determine the necessity or relevance of offering evidence, given that it redounds to their own benefit by demonstrating to the judge, or in this case the arbitrator, the premises of their respective points of view in the dispute in question. The general doctrine in this respect is that evidence is a burden but not an obligation. It is an optional activity of the parties, but if they do not present it they will suffer the consequences of their procedural inactivity, which will redound in the invalidity of their claims or defenses. The party asserting a fact has the burden of proof and therefore it must be understood that it is not just the claimant or plaintiff who must prove, from a procedural point of view, but rather whoever asserts a claim, plea or defense.

⁶ That is to say, the parties to an arbitration must present their case and try to evidence or prove their assertions, this in addition to the powers of the arbitral tribunal to make determinations with respect to the admissibility, relevance or weight of the elements of evidence presented by the parties.

⁷ For more information on this topic the following is recommended: **KURKELA, MATTI S.** and **HANNES SNELLMAN**, *Due process in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, Inc., New York, 2005.

⁸ See **KIELMANOVICH, JORGE L.**, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996. In this same line of thought, **MATTI S. KURKELA** and **HANNES SNELLMAN** stated: “[t]he purpose of hearing expert witnesses is to elucidate issues of a technical, legal, medical, biological or other discipline to better understand the relevant facts and their significance. Expert testimony does not in general relate to direct reconstruction of past facts although it may offer explanations and establish causes and effects, but it may be used for pure fact finding or fact establishing purposes.” **KURKELA, MATTI S.**, and **HANNES SNELLMAN**, *Due process in International Commercial Arbitration*, *op cit*.

⁹ See **DERAINS, YVES** and **ERIC A. SCHWARTZ**, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, p. 258.

In relation to the manner of appointing an expert, two types of experts can be identified: those designated by the parties (*Party-Appointed Experts*) and those designated by the arbitral tribunal (*Tribunal-Appointed Experts*). Further on some comments will be made regarding the appointment of the expert by the arbitral tribunal, but for now it is sufficient to say that this authority of the tribunal is expressly recognized by the great majority of existing arbitral rules and laws.¹⁰ Such rules also, with some variation, establish the bases for the presentation of this evidence.¹¹ In all cases, the only restriction on the appointment of experts is that such appointment be in accordance with the will of the parties.

The parties and/or the arbitral tribunal in a specific case, above all in order to fully respect due process and in an effort to ensure the normal development of the proceeding, must have very clear the legal framework applicable to the handling of expert evidence. As a general rule, the first thing that must be observed is the will of the parties involved. Moreover, the following must be kept in mind: (i) the local laws applicable to arbitration, (ii) the arbitration rules and (iii) the international regulations (applicable conventions and/or treaties).

For example: if an international commercial arbitration is carried out between a U.S. company and a Mexican company, in which the place of arbitration designated by the parties is Mexico City and in which the ICC Rules of Arbitration have been chosen to govern the procedure, the arbitral tribunal, at the time of designating an expert should: (i) take into account the will of the parties (in this example, the parties do not indicate anything in this respect, they simply chose the ICC Rules to govern the proceeding); (ii) analyze the arbitration rules chosen by the parties (in this case, article 20(4) authorizes the arbitral tribunal to designate an expert, define his/her mission and receive his/her opinions); (iii) analyze if the *ley fori* is open to the designation of an expert by the tribunal (in this case article 1442 of the Mexican Commerce Code, the law of arbitration of my country, inspired almost in its entirety by the Model Law of International Commercial Arbitration of the UNCITRAL, allows the arbitral tribunal to designate an expert without restriction other than it is not opposed by the parties); and (vi) analyze the international rules that may be applicable (in this case, there are basically two international instruments applicable in Mexico in relation to commercial arbitration: the New York Convention¹² and the Panama Convention.¹³ Although neither of the mentioned conventions contains express provisions on expert evidence, not even on evidence in general, they do include important guidelines that the parties and the arbitrators should take into account for achieving due compliance with the arbitral award or, in the absence thereof, to guarantee its forced execution).

As a preamble to the specific analysis and recommendations regarding the expert designated by the arbitral tribunal, it is very important that the reader have in mind the following premises that I consider fundamental:

¹⁰ As an example of this we can mention, among many others, the following: (i) art. 20(4) of the **ICC Rules of Arbitration** (“The Arbitral Tribunal, after having consulted the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports ...”), (ii) art. 22(1) of the **Rules of International Arbitration of the American Arbitration Association (AAA)** (“The tribunal may appoint one or more independent experts to report to it, in writing, on specific issues designated by the tribunal and communicated to the parties.”), (iii) art. 21(1)(a) of the **Rules of Arbitration of the London Court of International Arbitration** (“Unless otherwise agreed by the parties in writing, the Arbitral Tribunal: (a) may appoint one or more experts to report to the Arbitral Tribunal on specific issues, who shall be and remain impartial and independent of the parties throughout the arbitration proceedings...”), (iv) art. 27(1) of the **Rules of Arbitration of the UNCITRAL** (“1. The arbitral tribunal may appoint one or more experts to report to it, in writing, on specific issues to be determined by the tribunal...”), (v) art. 26(1)(a) of the **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration** (“1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal: a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal...”) and (vi) art. 1444 of the **Commerce Code of Mexico** (“Unless agreed otherwise by the parties, the arbitral tribunal may appoint one or more experts to inform it with regard to specific matters and request any of the parties to provide to the expert all the relevant information, or present it for inspection or provide the expert access to all the relevant documents, merchandise and other goods.”), among many other examples.

¹¹ Even in the case of silence in some rules or in a law on arbitration, it can be asserted that one or both parties can offer this or other evidence, based on the principle of the opportunity to present a defense.

¹² Convention on the recognition and execution of foreign arbitral awards and judgments executed in New York on June 10, 1958.

¹³ Inter-American Convention on international commercial arbitration executed in Panama on January 30, 1975.

- The arbitral tribunal should regulate the matter of expert evidence with flexibility seeking the best result possible in terms of legal certainty and the least cost in time and money;
- It is very important that the tribunal be sufficiently sensitive and take the necessary steps to establish rules with respect to the designation, preparation, presentation and weighing of the expert evidence, considering the circumstances of the case and the complexity of the matter under arbitration (always looking to reveal the truth in the disputed facts without undermining the procedural rights and obligations of the parties);
- The flexible treatment should have, as its only limit, the observance of the principles of *procedural equality* and *a full opportunity to present a defense*;
- The arbitral tribunal should, at all times, involve the parties in the process of designation of the expert, the determination of his/her purpose and the setting of the rules for the presentation and acceptance of the evidence. To the extent that the arbitral tribunal procures the consensus of the parties, more confidence in the handling of the evidence will be generated and a greater acceptance of the results therefrom, and even of the final award; and
- Given the lack of specific rules regarding evidence, several institutions and groups of experts in arbitration have taken on the task of preparing guidelines or more detailed rules for the administration of evidence, as for example, the IBA (International Bar Association) Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration¹⁴ and the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Notes on Organizing Arbitral Proceedings. From my point of view, it is very advisable for arbitrators to use and/or guide themselves by these types of documents for the handling not only of expert evidence, but of all evidence in general.

The power of the arbitral tribunal to designate experts has been very polemical in theory and in practice. Numerous questions have been formulated in that regard, such as: are the experts designated by the tribunal really experts subject to the scrutiny of the parties or simply advisors of the arbitral tribunal? Doesn't the power of the tribunal to appoint an expert affect or invade the procedural rights, obligations and responsibilities of the parties?

With respect to the first question, in my opinion, the expert designated by the tribunal, on one hand is obviously an advisor of the tribunal in that he/she is responsible for using his/her technical, scientific and/or artistic knowledge to clarify certain facts or make them accessible to the members of the tribunal. On the other hand, the expert designated by the tribunal not only can, but should be submitted to the scrutiny of the parties. The latter should have, among other things: (i) the power to intervene in the appointment of the expert, the setting of the criteria for his/her appointment and/or the power to recuse or challenge to his/her appointment; (ii) the possibility of participating in the establishment of the purpose of the expert; (iii) the opportunity to provide to the expert the necessary and opportune information to allow him/her to prepare the opinion; (iv) to know all the documents and other information the expert uses to prepare his/her opinion; (v) an opportunity to review, comment on and object to the expert's opinion; and (vi) the opportunity to question the expert in a hearing.

The second question is clearly more difficult than the first. Obviously the tribunal must respect the parties' right to a full defense, and therefore in principle the invasion of the procedural rights, obligations and responsibilities of the parties should be avoided. The arbitral tribunal should be very careful that the request for a technical opinion does not constitute a delegation of decision-making powers to the expert, but also that it does not serve to liberate either of the parties from the burden of proving its case.¹⁵

¹⁴ According to the preamble of the IBA Rules themselves, they were drafted "as a resource to parties and to arbitrators in order to enable them to conduct the evidence phase of international arbitration proceedings in an efficient and economical manner." Such rules are detailed and seek to systematize the general principles recognized internationally in relation to the handling of evidence. Moreover, as also recognized in the rules themselves, the IBA Rules of Evidence reflect procedures in use in many different legal systems, and they may be particularly useful when the parties come from different legal cultures.

¹⁵ See **DERAINS, YVES** and **ERIC A. SCHWARTZ**, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, *op. cit.*, p. 260.

In order to avoid problems such as those just mentioned and above all in order to respect the principle of due process in the designation of an expert, the arbitral tribunal, from my point of view, should be very careful with regard to the following four specific points of time: (i) in the designation of the expert; (ii) in establishing the terms of reference of the expert; (iii) at the time of the preparation and acceptance of the expert evidence; and (iv) at the time of weighing the value of the expert opinion.

Below I will refer to each of these points, making some practical recommendations in respect thereto.

(i) Appointment of the Expert by the Arbitral Tribunal

Perhaps the appointment of the expert, together with the establishment of his/her terms of reference, are the two most crucial moments when the tribunal should take the greatest care in order to avoid future delays.

The first point the arbitral tribunal should cover when appointing an expert witness is that such appointment *be in appropriate time*. To appoint a neutral expert at an inappropriate time could create confusion and irritation among the parties to the arbitration, in addition to increasing costs and delaying the proceeding. It is very difficult to determine a specific time within the procedure for the designation of an expert; this depends on the circumstances of the case. The most important point is that as soon as the arbitral tribunal realizes the importance or necessity of appointing an expert, it should initiate the appropriate steps and inform the parties as soon as possible in order to receive their perspectives.

The second commentary and perhaps the most important one in relation to the designation of the expert, is that aside from being *appropriate* it should be *necessary* or *relevant*. The right to an expert, derived from the right of due process, does not exist outside of the necessity for such or at least utility thereof for establishing the facts of the case. The arbitral tribunal should not only consult the parties with respect to the relevance of the appointment of the expert, but it should also provide them with the arguments justifying it.¹⁶

Once the topics of appropriateness and relevance of the appointment of the expert have been addressed, the arbitral tribunal, assuming it is possible or advisable with the agreement of the parties (taking into account the circumstances of the case and the prior behavior of the parties), should appoint the expert witness. Regarding the appointment as such, we find two obstacles to overcome: (i) to define and establish the *qualities of the expert*, and (ii) to establish the *procedure for the appointment*.

In relation to the *qualities of the expert*, the tribunal and the parties must keep the following in mind at the time of the appointment or identification of candidates: (i) the expert must be *independent* from the parties and the arbitral tribunal; (ii) it should be ensured that the expert acts with *professionalism* and *neutrality*; (iii) the *specialty*, *experience* and *technical competence* of the expert should be taken into account; (iv) the advantage of the expert dominating the *languages* necessary to analyze the documents and other information in order to prepare and render his/her opinion should be kept in mind; (v) another practical characteristic or quality is the *closeness of the expert* to the objects to be analyzed and his/her *availability to travel* from one place to another; and (vi) finally, but not least important, the *costs* that may be entailed from the fees and expenses of the expert and the form in which they will be paid by the parties must be considered.

In principle, the power to appoint the expert belongs to the arbitral tribunal, without any requirement or condition other than the parties be consulted in advance. However, as we mentioned previously, it is advisable to involve the parties in the designation process. In this regard it will be the task of the arbitral tribunal, according to the

¹⁶ The arbitral tribunals should think twice before designating an expert, given that it frequently becomes costly and prolongs the duration of the arbitral process. See *Ibidem*.

circumstances of the specific case, to make use of the means it considers appropriate for the appointment. There are some appointment procedures such as the so-called “lists”. According to these procedures, a list of candidates is submitted to the consideration of the parties and they may: (i) agree on a candidate; (ii) qualify the candidates according to their preferences and return the lists to the arbitrators so that, after a comparison thereof, the most qualified candidate can be chosen, etc. Another possibility within these methods is that each of the parties submits a list of candidates numbered in order of preference and the best positioned candidate is chosen.

There are many other problems related to the appointment of experts depending on the circumstances of the case; for example, when the matter is so technical that there are few experts available and, to complicate it even more, the only experts there are, are direct competitors or have a conflict of interest with one or both of the parties in the arbitration.

In such cases, when looking for adequate specialists the arbitral tribunal may want to request the assistance of appointing institutions such as the ICC International Centre for Expertise which was established in 1976 and has acquired considerable experience in this regard, in order to propose independent experts for international disputes.¹⁷

Whatever the designation process chosen, the arbitral tribunal should request the expert candidate(s) to present, prior to accepting their designation, a declaration of availability to perform the task and of independence from the parties and the arbitral tribunal. Such declaration should be provided to the parties and they should be granted a period of time to state any objections.

(ii) The Terms of Reference of the Tribunal-Appointed Expert

The great majority of the authors that address this topic, if not all, agree that it is necessary to precisely define the scope of the functions entrusted to the expert appointed by the tribunal. The terms of reference of an expert can contain, among other elements, the questions that the expert should answer, the documentation and information the expert will review in order to prepare his/her opinion and, in general, all the organizational aspects corresponding to expert evidence.¹⁸

The UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, with respect to the task of the expert, indicate the following:

71. The purpose of the expert's terms of reference is to indicate the questions on which the expert is to provide clarification, to avoid opinions on points that are not for the expert to assess and to commit the expert to a time schedule. While the discretion to appoint an expert normally includes the determination of the expert's terms of reference, the arbitral tribunal may decide to consult the parties before finalizing the terms. It might also be useful to determine details about how the expert will receive from the parties any relevant information or have access to any relevant documents, goods or other property, so as to enable the expert to prepare the report. In order to facilitate the evaluation of the expert's report, it is advisable to require the expert to include in the report information on the method used in arriving at the conclusions and the evidence and information used in preparing the report.

The importance of the expert's terms of reference is clear and, as a recommendation, the following should be taken into account for their preparation:

¹⁷ *Idem.* p. 261.

¹⁸ Among many others, see **GRAHAM TAPIA, LUIS ENRIQUE**, *El arbitraje comercial*, Edit. Themis, México, 2004. p. 39.

- Taking the necessary precautions given the particular circumstances of the proceeding, the parties should be involved in the process of preparing the terms of reference, given that they can make very valuable contributions in identifying the points to be resolved by the expert and the possible obstacles that may have to be confronted.
- The purpose and role of the expert during the proceeding (whether as permanent assistant of the arbitral tribunal, in the case of very complex arbitrations, or simply to address a specific consultation) should be established as clearly as possible.
- If applicable, the points that the expert opinion should address should be identified (normally this is done in the form of a questionnaire).
- The documentation, information or other elements on which the expert should base his/her report, or if applicable, the manner in which the expert can collect such information should be indicated.
- Establish, if necessary, the rules under which the expert can contact the parties to collect information or hold interviews with them.
- Establish in detail all the aspects of organization, preparation and presentation of the evidence. For example: (i) the format in which the expert opinion should be presented; (ii) a detailed time table for the preparation and presentation of the opinion for the scrutiny of the parties; (iii) the tentative calendar for holding hearings for the questioning of the expert.
- Take all the measures necessary to ensure the expert keeps the information used to prepare the opinion confidential.¹⁹
- The determination of the amount of fees and expenses (and the manner to calculate them) of the expert, and how they will be paid.
- Any other aspects considered necessary and appropriate for the best handling of the expert evidence.
- It is preferable for the final approved version of the expert's terms of reference to be signed by the expert, the member(s) of the arbitral tribunal and the parties (or their legal representatives). A copy of such terms of reference should be delivered to both the parties involved and the expert.

(iii) Preparation and Presentation of the Expert Evidence

The phase of the preparation and presentation of the expert evidence goes from the expert's acceptance of his/her appointment until the delivery of his/her opinion and, if applicable, until the expert has appeared at a hearing to be questioned by the parties.

The most important elements of this phase are: (i) the preparation of the expert opinion; (ii) the presentation and delivery of the opinion to the arbitral tribunal and the parties; and (iii) if applicable, the hearing to question the expert.

¹⁹ In relation to experts, the case may arise that one of the parties does not want certain aspects of its company to be revealed given they are commercial or industrial secrets. In this case, among other aspects to consider, the necessary care should be taken to guarantee that the designated expert keeps the information he/she uses or has access to for the preparation of the opinion confidential.

Below certain comments and recommendations in this respect are made:

a. Preparation of the Expert Opinion

- Respecting the procedural rules established by the parties and/or by the arbitral tribunal itself, the expert should be guaranteed access to all the information, documentation and any other element necessary to prepare his/her opinion.
- Information may be provided to the expert by the parties in the following ways, among others: (i) through a request and delivery of documentation, information, materials or any other element to be analyzed; (ii) the holding of meetings between the parties; and/or (iii) the holding of inspection visits at specific places.
- The arbitral tribunal, depending on the circumstances of the proceeding, should decide if the request for information may be made by the expert directly to the parties or through the tribunal.
- The arbitral tribunal must always ensure that all the parties have a copy of all the documents requested and analyzed by the expert.
- In the case of the holding of meetings or inspections, the parties should be notified sufficiently in advance and the reasonable and necessary measures should be taken to guarantee the independence and impartiality of the expert.
- The expert should indicate in his/her final report the cases in which the parties or even a third party did not provide the information requested and to the extent possible the causes for not doing so.
- The arbitral tribunal should ensure that the expert opinion contains, at a minimum, the following information:
 - The complete name and domicile of the expert, his/her relationship, present or past, with any of the parties and/or members of the arbitral tribunal, the description of his/her academic background, his/her accreditation as an expert in the matters involved. In this case the expert can be asked to attach a copy of the corresponding corroborating documents.
 - A detailed list of the facts or assumptions on which the expert based his/her opinions and conclusions.
 - An explanation of the conclusions and/or opinions of the expert, including the methods used and the information and documentation analyzed to reach such conclusions and opinions.
 - All the circumstances that affected, negatively or positively, the preparation of the opinion (e.g. failure of one of the parties to deliver information).
 - If advisable, a statement of the expert that he/she has acted truthfully and honestly.
 - The date and place of its issuance and the signature of the expert.
 - All the material supporting the preparation of the opinion should be attached to it.

- The presentation of the graphic material supporting the conclusions of the expert, especially in the case of materials about which little is known or which are very complicated and require the expert to use graphs, photographs, videos, etc.

b. The Presentation and Delivery of the Opinion to the Arbitral Tribunal and the Parties

- In relation to due process, except in extraordinary circumstances that suggest the contrary, the arbitral tribunal should ensure that the parties receive the expert report sufficiently in advance and give them the opportunity to make their comments thereon.

c. The Hearing for the Questioning of the Expert

- Notwithstanding the above, the right of the parties to request a hearing to listen to and question the expert should be recognized, as the great majority of the arbitration rules do.
- The arbitral tribunal, depending on the circumstances of the case, should conduct the hearing in a manner so as to best illuminate the expert evidence (e.g. it may permit the parties to bring their own experts to the hearing to ask questions of the tribunal appointed expert, etc).

(iv) Weighing of the expert evidence

With regard to the weighing of the expert evidence, it is very important to emphasize what we mentioned above, that the request for a technical opinion by the tribunal from an expert cannot and should not constitute a delegation of decision-making powers.

It is important that the expert does not become involved in the deliberations of the arbitral tribunal, given that this can sometimes lead to confusion with regard to the role of the expert. The decision-making power belongs to the arbitral tribunal, while the expert only issues an opinion or report that is put to the consideration of the arbitral tribunal and the latter is who in the end will recognize the probatory weight it deems appropriate.

The principle of the free weighing of the evidence followed in international commercial arbitration applies equally to expert evidence. Based on this, the tribunal is not bound by the opinion and/or conclusions of the expert, even though the expert is independent and neutral with respect to the parties. In this regard the arbitral tribunal frequently disregards parts of an expert opinion in light of comments of the parties, revelations in the hearing from the counter-arguments of one of the experts of the parties or simply the failure to be persuaded by the arguments presented by the tribunal appointed expert.²⁰

In conclusion, we would like to emphasize the unquestionable importance expert evidence plays in international commercial arbitration, specifically when it has been requested directly by the arbitral tribunal. We would also like to caution that the handling of this evidence is quite complex and there are no magic formulas for doing so. Nevertheless, certain principles and general guidelines can (and I would say “should”) be followed in order to help the arbitral tribunal and the parties, among which are the following: (i) the enormous importance and advisability of involving the parties in the handling of the expert evidence; and (ii) the unquestionable benefit provided by the proper preparation and issuance of terms of reference establishing the purpose of the expert.

²⁰ The opinion can be disregarded if from an analysis thereof (either from the comments of the parties or from questioning during the hearing) it is found that: (i) the conclusions are not consistent with the arguments set forth by the expert; (ii) the research methodology is not appropriate; and/or (iii) the sources consulted were not adequate or were insufficient.

Directrices para el Arbitraje de Controversias Menores según el Reglamento de Arbitraje de la CCI

Lic. José Gerardo Banegas V.

Lic. Viviana Castro Hurtado.

Lic. Fernando del Castillo Elorza

Lic. Cecilia Flores Rueda

Lic. Juan Fernando Ibáñez M.

Lic. Carlos Loperena Ruiz

Lic. Carlos J. Mc Cadden Martínez

Lic. Juan Antonio Nájera Danieli

Lic. Andrés Nieto Sánchez de Tagle

Lic. Carlos F. Portilla Robertson

Rev. Dr. Claus Von Wobeser

Introducción

La CCI ha recibido numerosas consultas sobre cuál sería la forma más efectiva de aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CCI a disputas menores que se someterán al arbitraje. El tiempo y el costo que involucra someter a un procedimiento de arbitraje controversias menores deben ser proporcionales a la cuantía de las mismas. Con el fin de permitir a las partes utilizar de la manera más racional posible los recursos del arbitraje en cuanto a arbitrajes de pequeña cuantía, la Comisión de Arbitraje de la CCI designó a un Grupo de Trabajo encargado de explorar los medios por los cuales las partes, sus abogados y los árbitros podrán reducir la duración y los costos del arbitraje respetando el Reglamento de la CCI. Según los términos de su mandato el Grupo de Trabajo elaboró estas directrices, no como un conjunto de reglas a incorporar en los contratos, sino como una lista de sugerencias. Las partes pueden seguir una o más de ellas en la medida en que sean apropiadas a las circunstancias del caso.

Estas directrices no definen lo que se entiende por controversia menor. La noción de “menor” depende principalmente de las partes y de las circunstancias. Para una gran empresa multinacional una “controversia menor” puede significar cualquier demanda que tenga por objeto un monto inferior a unos cuantos millones de dólares americanos. Para un pequeño comerciante que entra en el mercado internacional por primera vez, la misma demanda puede representar una parte muy sustancial de su negocio. Por otra parte, una controversia menor no es necesariamente una demanda de poca importancia. Una disputa sobre un monto de dinero relativamente pequeño, puede llegar a alcanzar repercusiones muy importantes, o de hecho, puede llegar a ser un “caso prueba” para un número similar de disputas. En algunos casos, una controversia menor puede estar acompañada de una importante reconvencción. Queda a voluntad de las partes determinar a la luz de su propia situación si una controversia es menor y si quieren seguir una o más de las sugerencias que contienen estas directrices. Muchas de estas sugerencias

pueden, de hecho, ser usadas por cualquier parte que busque reducir los costos y el tiempo requerido para llevar a cabo un arbitraje incluso en el caso de los “litigios mayores”.

Los métodos sugeridos en estas directrices pueden acortar el procedimiento y reducir el costo del arbitraje de pequeñas controversias. Las partes pueden acordar en uno o más de los métodos, o el árbitro puede sugerirlos. En caso de desacuerdo entre las partes el árbitro puede acordar uno o más de los métodos sugeridos en estos lineamientos, por ejemplo; una orden procesal de acuerdo al artículo 15 (1) de las Reglas de Arbitraje de la CCI. Adicionalmente, la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI puede recomendar su uso.

Cuando estos métodos son utilizados, las partes involucradas en controversias menores conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI se pueden beneficiar de las ventajas del sistema de arbitraje CCI y, a su vez, reducir los costos y la duración del procedimiento.

EXPLICACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS

DIRECTRICES	COMENTARIOS
<i>Cuando surge la controversia</i>	
<p>1. Explorar el uso de procedimientos que prevean una solución amigable a sus diferencias.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando los procedimientos amigables guían la controversia a un acuerdo entre las partes, ello puede constituir un método más rápido y económico de resolución de la controversia. Las partes pueden por ejemplo considerar someter la disputa al Reglamento ADR de la CCI o a las Reglas de Peritaje de la CCI según corresponda. Esto puede hacerse antes de presentar la solicitud de arbitraje y antes de la firma del Acta de Misión o incluso en cualquier estado posterior del procedimiento.
<i>Inicio del arbitraje</i>	
<p>2. El demandante deberá considerar presentar la solicitud de arbitraje que contenga una exposición completa y sucinta del caso. El demandante puede también proponer el uso de una o más de estas directrices.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI el demandante debe describir la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a la demanda y una indicación de las pretensiones y de los montos reclamados. Cuando se trate de controversias menores la demanda de arbitraje puede ser redactada de tal forma que establezca clara y sucintamente el caso completo del demandante. Esto le permite al demandado presentar una contestación completa. Con lo cual el árbitro obtendrá un conocimiento completo del caso desde el inicio del procedimiento y podrá así redactar el Acta de Misión rápidamente, de modo que el arbitraje podrá continuar su curso. Una demanda completa, seguida de una contestación completa, puede dar lugar a un considerable ahorro de tiempo, lo que puede permitir a las partes, a su vez, reducir significativamente o incluso

	<p>omitir, futuras presentaciones de documentos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por ejemplo, el demandante puede prever claramente las pretensiones exactas a ser satisfechas por el laudo, una declaración completa de las razones que justifiquen su pretensión y, a su vez, puede hacer una declaración de si han sido satisfechas todas las condiciones previas al arbitraje, de haber alguna. Adicionalmente, el demandante puede anexar copias de todos los documentos en los cuales basa su demanda, numerados y entregados con un índice. • En todos los casos, las partes pueden considerar limitar la prueba documental a lo que es esencial para demostrar sus casos. Usualmente es útil y se traduce en un ahorro de tiempo cuando los documentos son presentados en orden cronológico. • Cuando sea apropiado, el demandante puede también anexar una cronología de los eventos que dieron origen a la controversia. • El demandante puede considerar proponer en su solicitud de arbitraje el uso de una o más de estas directrices. Esta propuesta enfocará la atención de las partes y del tribunal en la posibilidad de su uso.
<p>3. El demandado deberá considerar presentar su contestación a la demanda que contenga una completa y sucinta exposición de su defensa y de sus eventuales demandas reconventionales. El demandado puede, a su vez, presentar sus comentarios sobre cualquiera de las propuestas del demandante con respecto a estas directrices o hacer sus propias propuestas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El Reglamento de Arbitraje de la CCI requiere que el demandado provea sus comentarios sobre la naturaleza y circunstancias de la disputa, así como su contestación relativa a las pretensiones de la demanda. Para controversias menores la contestación a la demanda puede contener de manera clara y sucinta una respuesta detallada a las pretensiones del demandante. • La contestación podrá contener información y documentos similares a los descritos en la explicación contenida en la directriz 2 anterior. • El demandado podrá contestar si acepta o no cualquier propuesta hecha por el demandante respecto al uso de estas directrices, indicando si está o no de acuerdo. Puede a su vez sentirse en libertad de hacer sus propias propuestas o propuestas adicionales.

<p>4) Como alternativa al tratamiento unilateral establecido en las directrices 2 y 3 anteriores, las partes pueden acordar por anticipado los procedimientos específicos, dentro de los límites permitidos por el Reglamento de Arbitraje de la CCI.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El artículo 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI enumera las condiciones según las cuales las partes pueden pactar reglas de procedimiento. De acuerdo con este artículo las partes pueden acordar procedimientos específicos diseñados para acelerar el procedimiento arbitral. Por ejemplo, las partes pueden acordar según corresponda lo siguiente: <ol style="list-style-type: none"> 1) <i>En su solicitud, el demandante debe proporcionar, adicionalmente a la información requerida por el artículo 4(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI:</i> <ol style="list-style-type: none"> (i) una indicación exacta del laudo pretendido; (ii) una indicación completa de las razones que justifiquen su demanda; (iii) en caso necesario, una indicación que establezca que todas las condiciones previas al arbitraje fueron cumplidas; (iv) una copia de todos los documentos señalados en la disputa, numerados y provistos de un índice. 2) <i>El demandado en su contestación proporcionará adicionalmente a la información requerida por el artículo 5(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI:</i> <ol style="list-style-type: none"> (i) una indicación exacta del laudo pretendido; (ii) una indicación completa de las razones que justifiquen su contestación; (iii) en caso necesario, cualquier comentario relativo a la satisfacción de las condiciones previas al arbitraje; (iv) una copia de todos los documentos señalados en la disputa, numerados y provistos de un índice.
<p><i>El Tribunal Arbitral</i></p> <p>5. Nombrar a un árbitro único</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El uso de varios árbitros es considerablemente más oneroso y normalmente toma más tiempo (por ejemplo, regularmente es más difícil fijar reuniones o audiencias en las cuales varios árbitros deben participar). Generalmente, es preferible tener un árbitro único para las controversias menores. La forma más eficiente de proveer el uso de un árbitro único es haciendo la elección desde la cláusula arbitral del contrato. Sin embargo, las partes que no deseen hacer esta elección por anticipado, pueden utilizar la cláusula modelo de la CCI,

	<p>aplazando así la decisión sobre el nombramiento de los árbitros hasta el nacimiento de la controversia de conformidad con el artículo 8 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Las partes que nombran conjuntamente un árbitro único deberán asegurarse de que el árbitro propuesto sea capaz de administrar el expediente de una manera adecuada, que posea habilidades de redacción y que disponga del tiempo necesario para la administración del procedimiento.</p>
<p><i>Acta de misión</i></p>	
<p>6. Considerar un procedimiento apropiado para el establecimiento del Acta de Misión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El llevar a cabo una reunión que tenga por objeto el establecer el Acta de Misión es usualmente muy útil, puesto que permite al árbitro y a las partes convenir más fácilmente el procedimiento a seguir así como el calendario procesal. Sin embargo, en lo que se refiere a las controversias menores, la duración y el costo de tal reunión podrían ser más altos que sus ventajas, particularmente cuando sea necesario que los participantes realicen largos viajes. Las partes pueden prever alcanzar un acuerdo sobre el contenido del Acta de misión por correspondencia, teleconferencia, videoconferencia o de otra manera.
<p><i>Procedimiento arbitral: calendario de procedimiento y desahogo de pruebas</i></p>	
<p>7. Después de consultar a las partes, el árbitro puede explorar qué se requiere para completar la presentación del caso y examinar si es posible excluir ciertas etapas o ciertos escritos que no sean realmente necesarios.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Una demanda de arbitraje y una contestación, así como han sido descritas en los comentarios de los puntos 2, 3 y 4 anteriores, pueden, ya sea hacer superfluos los escritos complementarios, o no hacer necesarios sino un breve comentario sobre puntos específicos, o limitar el desahogo de pruebas escritas o materiales. El árbitro puede exhortar a las partes a presentar otros escritos o pruebas dentro de un corto plazo. • Llevar a cabo una audiencia puede resultar superfluo. Cuando una audiencia tiene que llevarse a cabo, una videoconferencia o una audiencia con duración de uno o dos días pueden ser suficientes. • Si se prevé que una audiencia tendrá que llevarse a cabo, es oportuno fijar la fecha de la audiencia dentro del calendario procesal, a fin de encontrar una fecha próxima que convenga a todos. Los argumentos iniciales y finales de las partes o sus abogados son normalmente útiles, sin embargo, el

	<p>árbitro o las partes pueden prever el fijar la duración de tales alegatos.</p>
<p>8. Las partes deben asegurarse que sus gastos son proporcionales a la disputa en cuestión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Por ejemplo, las partes pueden elaborar un presupuesto acordado para el procedimiento. El árbitro puede hacer sugerencias para reducir los costos. • Desde el inicio del procedimiento, el árbitro puede hacer saber a las partes que en la decisión sobre los costos del arbitraje, según el artículo 31 (3) del Reglamento de Arbitraje de la ICC, el árbitro evaluará en qué medida los gastos de cada parte están en proporción con la disputa en cuestión.
<p>9. Si las partes desean substanciar un procedimiento de <i>discovery</i>, deberán prever el limitar su alcance.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En presencia de una controversia menor, los costos y el tiempo inherentes a un desahogo de pruebas tipo <i>discovery</i> pueden ser más altos que sus ventajas.
<p>10. Considerar evitar o limitar el recurrir a peritos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ciertos diferendos no pueden ser resueltos sin la asistencia de un perito. Sin embargo, el recurrir a un experto puede prolongar el procedimiento arbitral y dar lugar a costos suplementarios. Si el recurrir a peritos es necesario, será conveniente proceder a que únicamente el tribunal nombre al perito o sólo las partes los nombren, pero nunca los dos. • Si se llegaran a usar los dictámenes de los peritos, estos deberán incluir los hechos sobre los cuales el dictamen es emitido. Si hay varios peritos, es aconsejable que discutan sus puntos de vista entre ellos a tiempo, con suficiente anticipación a la audiencia, con la intención de llegar a un acuerdo en el mayor número de puntos posibles; esto hará más sencillo para el árbitro la evaluación de los dictámenes de la manera más efectiva.
<p>11. Llevar a cabo las reuniones o las audiencias en un lugar apropiado en términos de costos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El artículo 14 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, permite llevar a cabo reuniones y audiencias en todo lugar. Esto no tiene ningún efecto sobre el lugar del arbitraje escogido por las partes o fijado por la Corte.
<p>12. Llevar cualquier discusión sobre el desarrollo del procedimiento mediante correspondencia, conferencia telefónica o medios electrónicos, sin audiencia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proceder de esta manera puede reducir los tiempos y los costos vinculados con los viajes.

<p>13. Considerar la utilización de tecnologías que permita hacer más eficiente la presentación de pruebas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Por ejemplo, escritos, presentaciones, pruebas y otros documentos pueden ser sometidos por medios electrónicos. Sin embargo, esto puede resultar inapropiado para las partes que no tienen los conocimientos o los equipos necesarios, cuando sus sistemas electrónicos no son compatibles o cuando éstos sean contrarios a las disposiciones del derecho aplicable.
<p>14. De manera general, las partes y el árbitro deben hacer todos los esfuerzos razonables para reducir el tiempo necesario del arbitraje de controversias menores.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La cooperación y la buena fe de las partes son esenciales para lograr un procedimiento rápido y poco costoso. • Las partes y el árbitro pueden considerar recurrir al artículo 32 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI a fin de reducir el plazo de 6 meses dentro del cual el árbitro debe dictar su laudo previsto por el artículo 24 (1). Una reducción de este plazo deberá ser realizada y coordinada por el árbitro.

Aportación especial ICC México. Comisión Arbitraje Comercial

Integrantes Grupo revisor traducción:

Lic. José Gerardo Banegas V.
 Lic. Viviana Castro Hurtado.
 Lic. Fernando del Castillo Elorza
 Lic. Cecilia Flores Rueda
 Lic. Juan Fernando Ibáñez M.
 Lic. Carlos Loperena Ruiz
 Lic. Carlos J. Mc Cadden Martínez
 Lic. Juan Antonio Nájera Danieli
 Lic. Andrés Nieto Sánchez de Tagle
 Lic. Carlos F. Portilla Robertson

Rev. Dr. Claus Von Wobeser

Acumulación de procesos arbitrales e incorporación de terceros por la parte demandada conforme a las reglas de la ICC

Dr. Herfried Wöss
Wöss & Partners, S.C.

Este artículo versa sobre la situación legal de una demandada en un arbitraje conforme a las reglas de la ICC que solicite la acumulación de una contra-demanda de arbitraje y la incorporación de terceros, distintos de la parte actora, pero relacionados con el “grupo actor”. Con este respecto, el autor se referirá a la decisión procesal de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (“la Corte”) de fecha 26 de marzo de 2004, en el caso de la ICC número 12949, y examinará si y en qué medida dicha decisión contribuye con nuevos criterios al problema de acumulación de arbitrajes o la incorporación y el llamar a juicio de nuevas partesⁱ.

Conforme a las presentes reglas de la ICC, no puede excluirse la posibilidad de que las partes en un mismo acuerdo de arbitraje puedan ser obligadas a participar en procesos arbitrales separados, incluso respecto de la misma litis, lo cual conlleva un riesgo de que se den laudos contradictoriosⁱⁱ. Debido a la naturaleza contractual del arbitraje, generalmente resulta bastante difícil incorporar o llamar a juicio a terceros a un proceso arbitral pendienteⁱⁱⁱ.

No obstante, parece existir una tendencia por parte de la Corte a moderar su enfoque conservador respecto de la acumulación de procesos arbitrales y la incorporación de terceros, particularmente en lo que se refiere a las partes demandadas en un proceso arbitral^{iv}.

Acumulación e Incorporación

En pos de la claridad conceptual en este artículo, se entiende por “acumulación” la de diferentes demandas y procesos arbitrales, mientras que “incorporación” significa la inclusión de un nueva parte en un arbitraje.

La “acumulación” se muestra en dos situaciones diferentes, ya sea acumulación *de facto* de demandas que surjan de múltiples contratos entre las partes, o acumulación de “procesos arbitrales relacionados”^v. Este artículo se ocupa de la segunda únicamente.

La acumulación de procesos arbitrales relacionados puede solicitarse por la parte actora. También puede solicitarla la parte demandada, si ésta ha presentado una contra-demanda de arbitraje (actora en la contra-demanda) en vez de una simple reconvenición. Tal contra-demanda de arbitraje puede ser necesaria si nuevas partes del bando de la parte actora fueren consideradas por la demandada como los verdaderos demandados en la reconvenición. Los terceros pueden haber firmado o aceptado de algún otro modo el acuerdo de arbitraje, o haber negado la existencia o validez de dicho acuerdo o argüir que su alcance no es lo suficientemente amplio.

Para poder analizar la situación de “acumulación/incorporación” en que una demandada presenta una contra-demanda de arbitraje en contra de las nuevas partes del bando de la parte actora que se nieguen a estar obligadas

por el acuerdo de arbitraje por cualquier motivo, es necesario referirse a los Artículos 4 (6) y 6 (2) de las Reglas de la ICC.

Las resoluciones de la Corte respecto de la acumulación de procesos arbitrales o demandas y la incorporación son decisiones procesales o administrativas. Por lo tanto, no están motivadas.^{vi} En caso de acumulación, sin embargo, la decisión de la Corte es definitiva.^{vii} La resolución de la Corte sobre la incorporación de partes renuentes está sujeta a la decisión del tribunal arbitral.

De acuerdo al Artículo 4(6):

“Cuando una parte presente una Demanda relativa a una relación jurídica respecto de la cual ya existe un proceso arbitral regido por el Reglamento y pendiente entre las mismas partes, la Corte puede, a solicitud de cualquiera de ellas, acumular la Demanda al proceso arbitral pendiente, siempre y cuando el Acta de Misión no haya sido firmada o aprobada por la Corte. Una vez el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación solo procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.”

La acumulación de demandas y procesos arbitrales está sujeta a las siguientes condiciones:

- La solicitud de acumulación hecha por una parte;
- El arbitraje a acumular debe ser entre las mismas partes; y
- El nuevo arbitraje debe estar “en conexión con” la misma “relación legal”.

La Corte podrá ordenar una acumulación de procesos arbitrales contra la voluntad de alguna de las partes. Sin embargo, ha sido bastante renuente a juntar dos arbitrajes ante la negativa de alguna de las partes^{viii}. Al elegir las Reglas de la ICC, se considera que las partes han consentido la aplicación del Artículo 4 (6) de las Reglas de la ICC^{ix}. Una vez que el Acta de Misión haya sido firmada, la acumulación podrá proceder, pero bajo circunstancias más limitadas.

El artículo 6(2) de las Reglas ICC señala:

“Si la Demandada no contesta la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. ...”

El Artículo 6(2) contempla dos situaciones diferentes:

- (1) cuando la demandada no presente una contestación; o
- (2) cuando una parte presente un recurso respecto de “la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje”.

Es suficiente que la Corte esté satisfecha *prima facie* con que un acuerdo de arbitraje “pueda existir”, dejando que el tribunal determine la existencia de hecho de tal acuerdo de arbitraje. Frecuentemente, existe un acuerdo de arbitraje pero una de las partes argumenta que no se extiende a ella^x.

Cuando una actora presenta una demanda de arbitraje en contra de múltiples demandadas, incluyendo una demandada que no haya firmado el acuerdo de arbitraje, pero que esté ligada a una parte signataria del mismo por instituciones legales tales como agencia, cesión, sucesión de empresas, grupo empresarial o *alter ego*, o la participación de la demandada no signataria en la negociación, ejecución, desempeño o terminación del contrato que contenga el acuerdo de arbitraje,^{xi} o un contrato a favor de terceros, aceptando los beneficios de tal contrato, por ejemplo adhiriéndose al contrato que contenga la cláusula arbitral, la Corte ha estado satisfecha *prima facie* en muchas ocasiones, que una demandada no signataria debería ser incluida en los procesos arbitrales^{xii}.

La situación es diferente en el caso de una demandada que a su vez reconviene o contra-demanda y que solicita la incorporación de una nueva demandada del campo de la actora que, sin embargo, no ha sido actora. Como regla general, la Corte permite la incorporación de un tercero demandado solicitada por la demandada si:

- (1) el tercero ha firmado el acuerdo de arbitraje con base en cual se ha presentado la demanda; y
- (2) la demandada ha presentado una reconvencción en contra del tercero ^{xiii}.

Por lo tanto, el hecho de que el tercero, de acuerdo con la demandada, haya presuntamente participado en la negociación, ejecución, desempeño o terminación del contrato que contenga el acuerdo de arbitraje, no parece satisfacer a la Corte.

Aunado a eso, la incorporación de un tercero debe efectuarse antes de que se designe o confirme un tribunal arbitral, dado que la constitución de un tribunal arbitral en el primer arbitraje haría necesario el consentimiento de todas las partes para aceptar a tal tribunal también para el segundo arbitraje ^{xiv}. La incorporación se torna aún más difícil cuando el Acta de Misión ya han sido firmada o autorizada por la Corte.

Para evitar desventajas para la demandada en comparación con la actora ^{xv}, una demandada (actora en la reconvencción) puede presentara una nueva demanda de arbitraje en contra del tercero ^{xvi} que se niegue a reconocer el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, la demandada (actora en la reconvencción) tendría que solicitar la acumulación del nuevo proceso arbitral para evitar dos arbitrajes paralelos sobre la misma litis. La demandada intercambia así una mejor posición procesal por el riesgo de no obtener la acumulación, lo cual parece justificarse únicamente en casos excepcionales que se enfatizan más adelante.

Caso ICC 12949

En el caso ICC 12949, las compañías A y Y firmaron un contrato maestro de compraventa para la compra de maquinarias por parte de A. El contrato maestro también estipulaba que la filial de A, la compañía B, podía comprar algunas de las máquinas, derecho expresa y detalladamente confirmado en la Primer Enmienda al Contrato maestro. La compañía A compró un gran número de las máquinas y las pagó parcialmente. La compañía B también ordenó y recibió algunas máquinas, y también pagó parte de la deuda superveniente. En una reestructuración posterior de la deuda, debidamente firmada por ambas compañías, A y B reconocieron su deuda para con Y.

Antes de que presentara su demanda de arbitraje ante la Corte, la compañía A cedió su deuda a su compañía filial C, que había suspendido sus operaciones mucho antes de la cesión y estaba en quiebra técnica. La compañía C presentó una demanda de arbitraje en contra de Y invocando una cláusula de exención para que se le liberase del pago de su deuda para con la compañía Y, a cambio de la devolución de las máquinas a Y, la cual quería que reconociera el tribunal arbitral.

En respuesta a dicha demanda de arbitraje, la compañía Y presentó una contra-demanda de arbitraje y una reconvencción por el pago en contra de la compañía A y su cesionaria, la compañía C, así como también contra B, alegando la inexistencia de un acuerdo de arbitraje entre la compañía Y y la compañía C, y la nulidad del convenio de cesión. Las compañías A y B negaron la existencia y validez del acuerdo de arbitraje con la compañía Y. La compañía A decía no formar parte del acuerdo de arbitraje debido a la cesión. La compañía B alegaba que nunca había firmado el acuerdo de arbitraje.

La compañía Y dio las siguientes razones para su solicitud de incorporación de A y B al contra-arbitraje y la acumulación del nuevo arbitraje con aquél entablado por la compañía C contra Y:

- las partes eran idénticas;
- la concepción bipolar del proceso se mantenía sin variación alguna, es decir, la existencia de un bando actor y un bando demandado;
- la cesión buscaba evitar el pago a Y, independientemente del resultado del arbitraje, pues la compañía C estaba claramente en suspensión de operaciones;
- los hechos eran idénticos en la demanda y en la contra-demanda de arbitraje/reconvención;
- los puntos de derecho eran idénticos en la demanda y en la contra-demanda de arbitraje/reconvención;
- al no admitir la solicitud de incorporación, la Corte corría el riesgo del absurdo resultado que se daría cuando diferentes tribunales arbitrales llegaran a resultados contradictorios, lo que podría privar de efectividad a los laudos, y
- solamente la acumulación/incorporación garantizaría un proceso arbitral justo.

Sobra decir que el tribunal arbitral no se había constituido aún cuando la Corte tomó su resolución, ni se había firmado el Acta de Misión. El 29 de marzo de 2004, la Corte tomó la siguiente decisión:

- (1) este arbitraje procederá conforme al Artículo 6(2) de las Reglas de Arbitraje de la ICC (las “Reglas”); y
- (2) se incorpora a [A] y [B] a los procesos arbitrales.

El nombre del expediente para el caso de ICC se cambió de “C vs Y” a “C vs Y vs 1. A, 2. B”.

Conclusiones

La posición de una demandada/actora en la reconvención que trata de que se incorpore al arbitraje a contra-demandadas en la reconvención relacionadas con la actora ha sido más complicada que la de una actora solicitando se incorporen más demandadas, particularmente cuando los terceros no responden la demanda de arbitraje o alegan la falta de existencia, validez, o insuficiencia en el alcance del acuerdo de arbitraje. Para poder mejorar la posición procesal de la demandada, una contra-demanda de arbitraje en contra de la actora y las partes relacionadas con la actora, incluyendo una solicitud de acumulación de los procesos arbitrales, siempre que las condiciones establecidas en el Artículo 4(6) de las Reglas de ICC se cumplan, podría ser una solución. Sin embargo, dicha solución está sujeta al riesgo de que ambos arbitrajes no sean consolidados por la Corte.

Ante la ausencia de motivos para sus decisiones procesales, uno puede preguntarse si la resolución de la Corte habría sido la misma si la parte demandada no hubiese presentado una nueva demanda de arbitraje, sino que hubiera simplemente presentado una reconvención contra la parte actora y los dos terceros (demandados en la reconvención) del lado de la parte actora. La falta de referencia al Artículo 4 (6) de las Reglas de la ICC indica tal posición de la Corte. Incluso en caso de una resolución combinada para la acumulación/incorporación, la resolución de la Corte puede considerarse una muestra más de la tendencia de moderación a su regla general de “conservadurismo” arriba mencionado ^{xvii}.

ⁱ El autor ha sido abogado de la parte Demandada/Actora en reconvención en este caso. Cualquier información u opinión legal contenida en este artículo sirve para propósitos exclusivamente académicos y no deberá interpretarse como declaración, acto u omisión, ni representa el punto de vista del autor o de su cliente en tal arbitraje ni cualquier otro proceso o procedimiento relacionado con éste.

ⁱⁱ Yves Derains: *The Limits of the Arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties*, en: *Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications*, ICC International Commercial Arbitration Bulletin, Special Edition, 2003, pp. 25, 30.

ⁱⁱⁱ Bernard Hanatiau, *Complex-Multiparty-Multicontract Arbitration*: *Arbitration International* 14 (1998) pp. 369, 384.

^{iv} Anne Marie Whitesell y Eduardo Silva Romero: *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*, en: *Complex Arbitrations*, op. cit., pp. 7, 10 ss.

- v. *W. Laurence Caig / William W. Park / Jan Paulsson*: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications, 2000, 180 ss.
- vi. *Ibid*, p. 160.
- vii. Excluyendo cualesquiera procesos judiciales.
- viii. *Yves Derains/Eric Schwartz*: A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law Internacional, 1998, p. 63 ss.
- ix. Siempre y cuando las partes de ambos procesos arbitrales elijan las Reglas de la ICC; v. Artículo 6(1) de las Reglas ICC (“Efecto del Acuerdo de Arbitraje”)
- x. *V. supra* nota 5, p. 156 ss.
- xi. *V. Bernard Hanatiau*: Problems raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, *Journal of International Arbitration* 18 (2001) 3, pp. 251, 256 ss.
- xii. *V. supra* nota 7, p. 8
- xiii. *Ibid*, p 11.
- xiv. *V. ICC Commission Working Party*, Final Report on Multi-Party Arbitrations, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 6 (1995) 1, pp. 26, 35.
- xv. Lo cual es típico en procesos judiciales.
- xvi. *M. de Boissésou, Le droit Francaise de l’arbitrage interne et internationale* (Paris: GLN, 1998), p. 533.
- xvii. Lo que no debería entenderse como algo negativo.