

Arbitraje



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

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. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

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

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

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.

web: www.iccmex.org.mx
e-mail: laura@iccmex.org.mx

Arbitraje

2 Carta del Presidente

4 La acción de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral (en vía de reconvencción en un incidente judicial de nulidad de Laudo).

Autor: Lic. Marco Tulio Venegas y Lic. Alberto Muerza.

11 El Arbitraje Evaluado: Comentarios sobre experiencias recientes en México.

Autor: Dr. Francisco González de Cossío.

19 El arbitraje en el ordenamiento tributario español
Recensión del libro de Paula Vicente-Arche Coloma.

Autor: Lic. Juan Antonio Nájera Danieli.

23 Asistencia y Control de la Judicatura en el Arbitraje Comercial.

Autores: Lic. Carlos J. Mccadden Martínez y Lic. Rogelio Moreno Guinea.

27 Cumplimiento sustituto de un laudo arbitral.

Autor: Lic. Rodrigo Zamora Etcharren.

30 La Incorporación por referencia.

Autor: Dr. Claus Von Wobeser.

43 Facultades de los Órganos Jurisdiccionales para revisar la actividad arbitral.

Autor: Lic. Carmen Quijano Decanini.

46 Judicial Assistance in international commercial arbitration and the UNCITRAL model law:
The english and mexican cases.

Autor: Lic. Luis Ernesto Peón Barriga.

65 Mecanismos alternativos de solución de controversias.

Autor: Lic. Fernando Estavillo Castro.

94 Notas sobre la coexistencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en materia de Arbitraje Comercial Internacional.

Autor: Lic. Julián Treviño Meixueiro.

98 Renuncia del Derecho a objetar el caso infored.

Autor: Lic. Cecilia Flores Rueda.



Estimados Socio y Amigos:

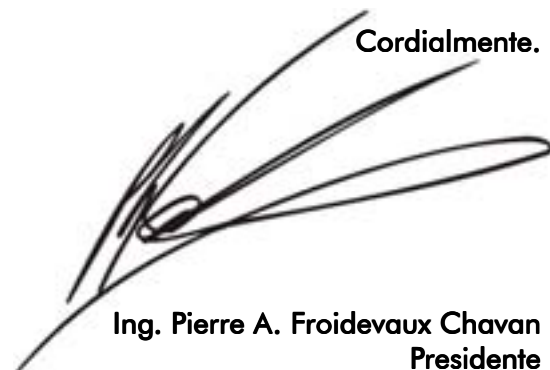
Desde hace tiempo, la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional. Su Corte Internacional de Arbitraje creada en 1923 y con sede en París, Francia, ha desempeñado una función pionera en el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Gracias a su acción innovadora, el arbitraje se reconoce como el sistema más eficaz para solucionar los litigios en el comercio internacional.

Desde su creación, la Corte ha administrado más de 15,000 arbitrajes internacionales referidos a partes y árbitros de unos 180 países y territorios. En este último año, México ha sido designado como país sede en ocho ocasiones, se han registrado 35 arbitrajes y 29 árbitros mexicanos han participado en tribunales arbitrales.

Conscientes de la importancia y desarrollo del arbitraje, este Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional y su Comisión de Arbitraje presentan a usted el Boletín informativo PAUTA número 58, en el cual, integrantes de esta comisión comparten con nuestra membresía diversos artículos de interés en la materia que nos ocupa.

Confiamos en que PAUTA 58 formará parte de su acervo cultural y motivará el interés en el Arbitraje.

Cordialmente.



Ing. Pierre A. Froidevaux Chavan
Presidente

La Acción de Reconocimiento y Ejecución de Laudo Arbitral (en vía de Reconvención en un Incidente Judicial de Nulidad de Laudo).

Marco Tulio Venegas y Alberto Muerza *

El problema planteado en el presente artículo se refiere a la discusión sobre si en materia mercantil, dentro de un procedimiento judicial de nulidad de un laudo arbitral por la parte demandada, es posible promover en vía de reconvención la acción contraria de reconocimiento y ejecución del mismo laudo arbitral.

A efecto dilucidar la cuestión, consideramos necesario analizar tres temas:

- a) El alcance y propósito de la remisión hecha por el legislador al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles para tramitar los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral.
- b) Las razones que soportan y justifican la promoción de acciones en vía de reconvención.
- c) La naturaleza y presupuestos del procedimiento de nulidad de laudo contemplado por el artículo 1457 del Código de Comercio, así como del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo contemplado por el artículo 1461 del Código de Comercio.

Una vez analizados los temas anteriores, presentamos como conclusión nuestra propuesta de solución.

- A) Remisión al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece una vía sumaria para la tramitación de un incidente. Este procedimiento básicamente consiste en lo siguiente:

- a) El promovente debe presentar su escrito inicial.
- b) Una vez aceptado el incidente el Juez corre traslado del escrito inicial a las otras partes por un término de tres días hábiles para que manifiesten lo que a su derecho convenga.
- c) Transcurrido el plazo de tres días dado a las partes para manifestarse con respecto al escrito inicial, se presentan dos escenarios: (i) si no hubieren pruebas promovidas por las partes, ni el Juez las estima necesarias, citará a las partes a una audiencia para dentro de los tres días siguientes, misma que se celebrará forzosamente ocurran o no las partes; (ii) si hay pruebas promovidas o el Juez las estima

* Socios de Von Wobeser y Sierra, S.C.

necesarias se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará una audiencia de recepción y desahogo de pruebas y alegatos.

d) Dentro de los cinco días siguientes de celebrada la audiencia el Juez dictará su resolución.

De acuerdo con lo anterior, el procedimiento antes indicado da oportunidad a las partes de hacer valer debidamente sus derechos y al mismo tiempo se configura como un procedimiento que, por sus plazos tan cortos, en la práctica no debería exceder de un mes de su inicio a su total terminación.

Debido a las características de este incidente rápido y sencillo, el legislador en lugar de crear un procedimiento específico, en los artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio optó por remitir a este procedimiento incidental para la tramitación tanto de las acciones de reconocimiento y ejecución, como de nulidad de laudos arbitrales.

Lo anterior se hizo también considerando que de acuerdo con los artículos 1457 y 1461 del Código de Comercio y la Ley Modelo de la que fueron tomados, se busca que las acciones de reconocimiento y ejecución, así como la de nulidad del laudo no constituyan obstáculos dilatorios que frustren la celeridad que se obtuvo en el arbitraje que dio lugar al correspondiente.

De esta manera, se busca que las acciones referidas con respecto al laudo se tramiten en la medida de lo posible de la forma más expedita posible.

Ahora bien, la brevedad y celeridad del procedimiento incidental previsto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles hace que la propia regulación del artículo sea escueta. Sin embargo, esto no implica que este artículo pretenda regular la totalidad de las cuestiones que se puedan llegar a presentar durante el procedimiento que regula. Aún y cuando este artículo establezca las formalidades esenciales de un procedimiento como lo son la presentación de una demanda, una contestación, un periodo probatorio y una sentencia, esto no impide la aplicabilidad de otras reglas que regulan con mayor precisión dichas figuras esenciales del procedimiento e incluso otras figuras que resultan ser accesorias o accidentales al mismo.

Tal es el caso de la tramitación de pruebas específicas, de la forma de hacer las notificaciones, e incluso, el caso de una reconvencción o bien de un incidente. El artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles no prevé específicamente la regulación de tales figuras. Sin embargo, esta sola circunstancia no implica la imposibilidad de su tramitación.

En el caso de una reconvencción, deben considerarse las mismas razones para la posibilidad de su tramitación. El hecho de que la figura no se encuentre regulada expresamente dentro del artículo 360 citado, no debe implicar necesariamente que dicho procedimiento no permita la posibilidad de una reconvencción.

En conclusión podemos señalar que la redacción del artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles no excluye per se que dentro del mismo se presenten una serie de actos procesales no expresamente regulados por el mismo, como lo sería la presentación de una reconvencción. Por lo tanto, no sería válido afirmar que sólo porque el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles no prevé la posibilidad de presentar acciones en vía reconvenccional, dicha posibilidad queda prohibida o truncada para la parte que la desee promover.

B) Razones procesales que justifican la promoción de acciones en vía de reconvencción.

La posibilidad de la reconvencción no depende de su regulación expresa en un artículo en particular. La reconvencción es propiamente el ejercicio de una acción. Su procedencia depende justamente de los mismos requisitos que cualquier otra acción.

La única circunstancia que la hace diferente de una acción principal es que la reconvencción se hace valer al momento de contestar la demanda y por esta razón, su procedencia también se hace depender de la particular naturaleza de la acción principal en el juicio, así como de las pretensiones que esa acción principal pretende satisfacer.

La posibilidad de la reconvencción y su tramitación en la misma cuerda del expediente donde se ventila la acción principal tiene una razón de ser que radica esencialmente en la coincidencia de los hechos y las situaciones de derecho que dan lugar a las pretensiones tanto del actor como del reconvenccionista. En la reconvencción, la pretensión del que la ejerce tiene el mismo origen o causa que la disputa principal.

En este sentido, las acciones ejercidas en la figura de la demanda y de la reconvencción plantean la posibilidad de oposición de excepciones y defensas que también derivan de la misma causa común. Por lo tanto, existe una íntima relación y conexión entre ambas acciones y las pretensiones que en ellas se deducen. De ahí que por razones de economía procesal el legislador haya considerado adecuada la tramitación de ambas acciones en el mismo procedimiento.

Sirve de apoyo a lo anterior la siguiente tesis cuyos datos de localización, rubro y texto se transcriben a continuación:

“No. Registro: 184,030

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Junio de 2003

Tesis: I.8o.C.245 C

Página: 1058

RECONVENCIÓN. NATURALEZA DE LA. La reconvencción es la contrademanda que formula el demandado al dar contestación a la demanda, la cual está sujeta a las reglas señaladas por la ley, relativas a la forma de toda demanda. A través de la reconvencción se hace valer una acción autónoma e independiente de aquella que dio origen al juicio, toda vez que el demandado, aparte de las defensas que le competen contra la acción que se deduce en su contra, ejercita a su vez una acción que trae como consecuencia que la relación procesal adquiera un contenido nuevo que habría podido formar parte de una relación procesal separada, además de que en virtud de la reconvencción el demandado tiende ya no únicamente a neutralizar la acción y lograr la desestimación de la demanda, como sucede en tratándose de las excepciones, sino que persigue en favor propio una determinada prestación, declaración o condena, con independencia de la desestimación de la demanda del actor; de ahí que la reconvencción esté sujeta a los términos y condiciones que para el ejercicio de cualquier acción fija la ley, sin que pueda considerarse como un acto meramente accesorio de la demanda principal.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 793/2002. 30 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

Amparo directo 794/2002. 30 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, mayo de 2001, página 1215, tesis I.4o.C.42 C, de rubro: "RECONVENCIÓN. ES UNA ACCIÓN AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DE LA PRINCIPAL."

En consecuencia, la posibilidad de ejercer una acción reconvenicional no depende de que el procedimiento establecido en la ley contemple dicha figura expresamente, sino del tipo de acción que pretende entablarse y su comparación con el tipo de acción que ha ejercido la parte actora, verificando que ambas provengan de una misma causa.

C) La naturaleza y presupuestos del procedimiento de nulidad de laudo contemplado por el artículo 1457 del Código de Comercio.

El procedimiento de nulidad de laudo previsto por el artículo 1457 del Código de Comercio, en primer lugar, supone que el laudo cuya nulidad se demanda fue dictado en un arbitraje con sede en México¹. Este presupuesto resulta consistente con la postura que se ha adoptado internacionalmente en la materia según la cual se estima que la nulidad de un laudo debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Judicial del país en que se encuentra la sede del arbitraje.

Por su parte, el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo previsto por el artículo 1461 del Código de Comercio no supone necesariamente que el laudo materia del mismo fue dictado en un arbitraje con sede en México. El supuesto previsto por dicho artículo es mucho más amplio ya que prevé tanto laudos dictados en arbitrajes con sede en México como laudos dictados en el extranjero.

El conflicto entre ambos tipos de acciones se presenta, por lo tanto, cuando ante los Tribunales Mexicanos y con respecto a un laudo dictado en un arbitraje con sede en México una de las partes demanda su nulidad y la otra al mismo tiempo demanda su reconocimiento y ejecución.

En relación con este problema, consideramos que en primer lugar es importante tomar en cuenta que de acuerdo con el artículo 1458 del Código de Comercio para solicitar la nulidad de un laudo, la parte interesada cuenta con un plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que fue notificada del laudo.

Adicionalmente, a nuestro juicio los efectos prescriptivos del plazo antes citado inciden también en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo si éste se plantea ante Tribunales Mexicanos. En este sentido, estimamos que mientras no haya transcurrido el plazo de tres meses para reclamar su nulidad, un laudo arbitral no puede reconocerse y ejecutarse por Tribunales Mexicanos, porque ello podría llegar a privar a la parte interesada en su nulidad de su derecho para demandarla.

En consideración a lo anterior, estimamos que el problema planteado en el presente estudio se presenta cuando una parte dentro del plazo de tres meses conferido por el artículo 1458 del Código de Comercio inicia un procedimiento de nulidad de laudo (alegando alguna o varias de las causas de nulidad previstas por el artículo 1457 del Código de Comercio) y la otra parte, al contestarlo demanda, a su vez el reconocimiento y ejecución del mismo laudo (con fundamento en el artículo 1461 del propio Código de Comercio).

¹ Al efecto, el artículo 1415 del Código de Comercio claramente establece que sus disposiciones solamente se aplicarán a los arbitrajes nacionales y a los internacionales cuando la sede del arbitraje se encuentre dentro del territorio de México. En consecuencia, el artículo 1457 que prevé el procedimiento de nulidad del laudo sólo se puede plantear con respecto a laudos que hayan sido dictados en dichas circunstancias.

En este contexto, del análisis de los artículos 1457 y 1463 del Código de Comercio, es posible concluir que las acciones previstas en ellos contienen supuestos que en un momento dado pueden resultar tener pretensiones justamente contrarias y generar una especie de conexión necesaria como la requerida para la procedencia de la tramitación conjunta de una acción y reconvencción.

Mientras que el artículo 1463 establece la acción de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral e igualmente ordena expresamente cuáles son las causas para la oposición a dicho reconocimiento y ejecución, el artículo 1457 del mismo ordenamiento prevé las causales para la nulidad de un laudo arbitral.

Coincidentemente, las causales para la declaración de nulidad del laudo son exactamente las mismas que las previstas para negar el reconocimiento y ejecución, como a continuación se observa:

<p>Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.</p> <p>I.- La parte que intente la acción pruebe que:</p> <p>a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;</p> <p>b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;</p> <p>c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o</p> <p>d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o</p>	<p>Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:</p> <p>I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:</p> <p>a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;</p> <p>b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;</p> <p>c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, sin las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;</p> <p>d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el</p>
---	---

<p>II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.</p>	<p>arbitraje; o</p> <p>e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o</p> <p>II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.</p>
--	--

Lo anterior, permite concluir que si una de las partes de un procedimiento arbitral demanda judicialmente el reconocimiento y ejecución del laudo, la parte demandada puede válidamente oponer excepciones y defensas que le permitan lograr la oposición al reconocimiento de la validez del laudo. Si bien la parte demandada en dicho procedimiento no estaría formalmente demandando la nulidad del laudo, materialmente sí lo estaría haciendo por vía de excepción.

A la inversa, si la parte condenada en el procedimiento arbitral demanda la nulidad del laudo, la parte que prevaleció en el laudo arbitral tiene una pretensión justificada de que se reconozca su validez y ejecución. Debe ser natural y lógico a las pretensiones de las partes entonces, que si en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral previsto en el artículo 1457 del Código de Comercio se prevean causales de oposición al reconocimiento a manera de excepción, también debe serlo que en el procedimiento de nulidad regulado en el artículo 1457 del mismo ordenamiento se prevea la posibilidad de aceptar la acción de reconocimiento y ejecución en vía de reconvencción.

De hecho, esta lógica se desprende con claridad del siguiente criterio jurisprudencial aplicable al caso:

“No. Registro: 180,083
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XX, Noviembre de 2004
Tesis: I.6o.C.331 C
Página: 2013

RECONVENCIÓN. SI A LA DEMANDADA EN LO PRINCIPAL SE LE RECONOCE LEGITIMACIÓN PASIVA, IMPLÍCITAMENTE SE COMPRENDE EN ELLA LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECONVENIR. Si en una controversia la acción principal se considera procedente y, por ende, se reconoce que la parte demandada tiene legitimación pasiva para responder de las prestaciones que la actora le reclama, tal circunstancia implica que con esa misma legitimación en la causa, al reconocerle a dicha parte la titularidad en los derechos y obligaciones derivados del acto jurídico base de la acción, se entiende comprendida implícitamente, a su vez, la legitimación activa para reconvenir de la actora en lo principal, el cumplimiento de determinadas

prestaciones derivadas de la misma causa, pues negarle la legitimación activa en la reconvencción, que le fue reconocida en su aspecto pasivo en la acción principal, atentaría contra la capacidad natural para juzgar rectamente, toda vez que la titularidad de derechos y obligaciones en una y otra acciones tiene como causa generadora un mismo acto jurídico del que aquéllas derivan.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 7486/2003. M.R.J. Constructora, S.A. de C.V. 29 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.”

No es obstáculo para lo anterior el que se alegara que de acuerdo con el artículo 1463 del Código de Comercio el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se puede suspender si se encuentra pendiente el pronunciamiento sobre la nulidad del mismo ante otro Juez, puesto que dicho supuesto se refiere al caso en que el Juez que conoce la nulidad se encuentra en un foro distinto al Mexicano.

En este contexto, lejos de ser un obstáculo para la interpretación propuesta, el artículo 1463 del Código de Comercio la apoya puesto que de acuerdo con la lógica que lo anima, lo que se busca es que no exista un pronunciamiento con respecto a la ejecución y reconocimiento de laudo, mientras no se haya analizado la validez del laudo por el Juez correspondiente de otro foro que la pueda contradecir. Sí, como es el caso, el Juez que conoce de ambas acciones se encuentra en el mismo foro, es totalmente lógico que las analice al mismo tiempo, evitando con ello decisiones contradictorias y favoreciendo el principio de economía procesal.

Finalmente, cabe señalar como una razón práctica que soporta la posición planteada al llevarse a cabo la tramitación conjunta de ambas acciones (nulidad y reconocimiento y ejecución de laudo arbitral) se evita que la parte interesada en la nulidad del laudo se aproveche procesalmente de la situación y una vez vencida en el procedimiento de nulidad planteado por ella, tenga una nueva oportunidad para oponerse al mismo, ahora alegando otras causales (como oposición al reconocimiento y ejecución) que en su momento no hizo valer con el sólo propósito de retrasar la ejecución del laudo

D) Conclusión.

A manera de conclusión podemos señalar que en el supuesto en que se demande ante Tribunales Mexicanos la nulidad de un laudo y la demandada en el mismo procedimiento reconvenga su ejecución, no existe impedimento alguno para que se tramiten ambos procedimientos en forma conjunta ante un mismo Juez. Por el contrario, con este proceder además de realizarse el principio de economía procesal y favorecerse la celeridad buscada con el arbitraje, se evita la emisión de sentencias contradictorias.

El arbitraje evaluado: Comentarios sobre experiencias recientes en México

Dr. Francisco González de Cossío*

Big cases make bad law
(viejo adagio jurídico)

I. Introducción

En fechas recientes casos dramáticos han puesto en tela de juicio la eficacia, y por ende conveniencia de utilización, del arbitraje. En este comentario abordaré in abstracto el cuestionamiento. El motivo es doble: la participación del autor —en papeles distintos— en algunos de ellos; y la objetividad que brinda el despersonalizar un problema.

Para lo anterior resumiré la problemática que los casos han presentado (§II), analizaré la existencia de una medida conceptual bajo la cual pueda evaluarse la disciplina (§III), trataré sucintamente las áreas en las que el arbitraje ha sido exitoso (§IV), para concluir con observaciones finales (§V).

II. La patología

Una prognosis sería tiene necesariamente que comenzar por definir la causa de la patología. De lo contrario, lo único que se obtendría son conclusiones falaces. Y lo que es peor, medicinas que no curan el malestar estudiado. Dicho de otra manera, el primer paso es determinar si el problema estudiado refleja un defecto de la herramienta misma, o del uso de la misma. Mientras que el primer caso justificaría las críticas, el segundo las dispararía — o dirigiría al usuario.

Los casos que la experiencia nacional reciente ha presenciado mostraban alguno(s) de los siguientes problemas: un laudo anulado o una cláusula arbitral que, por motivos diversos, no probó ser efectiva al no lograr canalizar todas las controversias de una relación jurídica determinada al foro arbitral. Una tercera — pero aún más rara — fuente de problemas han sido intervenciones judiciales que han entorpecido el procedimiento arbitral. Existe la posibilidad de que otras áreas del proceso arbitral generen problemas, pero al no estar presentes no las abordaré.¹

III. Barómetro de efectividad de una rama

Evaluar es difícil. Quien dé clases puede corroborarlo. La labor de juzgar supone una altura intelectual, ética y cognoscitiva que no cualquiera puede desempeñar. Concienciar la dificultad facilita la labor.

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico, Universidad Iberoamericana. Cualquier observación a este estudio es bienvenida a: fgcoosio@gdca.com.mx

¹ En caso de desear abundar, una obra reciente toca el tema: EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007.

El primer paso que el evaluador debe dar es definir bajo qué parámetros está evaluando. En comparación con qué se evalúa. Es decir, en comparación con qué regla conceptual se mide la conducta evaluada. No hacerlo restaría seriedad al resultado y lo haría incoherente con los otros resultados que el evaluador eventualmente emita.

Pregunto al lector: ¿cuál es el estándar bajo el cual puede medirse la efectividad de una disciplina? Cualquier disciplina. Antes de continuar sugiero que se detenga y medite sobre ello. Vale la pena.²

Siguiendo una noción pragmática³ y utilitarista,⁴ podría argüirse que la forma de evaluar una disciplina es atendiendo a sus resultados. Si son 'buenos', la disciplina es eficaz y por ende útil. Si no son 'buenos', lo inverso.

¿Pero cuándo son 'buenos' los resultados? ¿Qué los hace 'buenos' y qué los hace 'malos'? La pregunta parece banal, pero no lo es; particularmente si se tiene en mente un aspecto (paradójico en apariencia) de una regla: entre más eficiente es, más parece que no se necesita.⁵

El cuestionamiento del que parte este ensayo brinda un criterio para calificar de 'bueno' o de 'malo' un resultado: la existencia de fracasos.⁶ (Entiendo por 'fracasos' aquellos casos en que (1) el acuerdo arbitral no tuvo efectos; o (2) fue imposible obligar a la parte a quien el laudo hace una condena a que la cumpla.)

¿Es la ausencia de fracasos la medida de bondad o utilidad de una disciplina?

Creo que el lector estaría de acuerdo en que no existe el esfuerzo humano perfecto. Y la ciencia jurídica es justamente eso: un esfuerzo humano.

Seguramente nadie postula que para que una disciplina jurídica sea tildada de útil o exitosa el 100% de los casos deben acabar felizmente. Pero lo contrario también parece igual de cierto: una disciplina con un éxito del 1% difícilmente podría calificarse de exitosa. ¿Dónde traza uno el umbral de efectividad? ¿Al 50%? (Elo querría decir que existen tantos fracasos como éxitos.) ¿En el 75%?

Además, ¿cómo contar los casos? (Qué sucede si el fracaso deriva de cuestiones exógenas, por ejemplo corrupción.) ¿Es el método de porcentajes apropiado? Después de todo, entre más exitosa es una institución menos se usa,⁷ lo cual escondería el éxito evidente de la misma.

Por último, aun el fracaso de la misma difícilmente militaría a favor de su eliminación. Por ejemplo, hay quien sostiene que el derecho penal tiene un índice alto de fracasos.⁸ ¿Quiere ello decir que podemos dispensar del mismo?

² Posiblemente haya quien considere que lo que a continuación diré raya en lo filosófico, pero considero que toda conducta sin una filosofía detrás es vacua y probablemente errática. Lo que es más, pierde la oportunidad de hacer una diferencia en la realidad. Siempre he pensado que la diferencia entre quienes filosofan y los que no es que los primeros se hacen preguntas a sí mismo que los segundos no. (Aunque admito que hay quien disiente: Hume decía que no existe razón para estudiar filosofía, mas que pasar el tiempo(!)) Y cuestionar es útil, pero exige algo que la inercia cotidiana obstaculiza: la reflexión detenida. Entonces, filosofemos.

³ El pragmatismo como principio fue por primera vez enunciado por C.S. Peirce quien sostenía que para ver con claridad un objeto debían analizarse los efectos prácticos del mismo.

⁴ El utilitarismo consiste en examinar algo bajo la siguiente lupa: lo que es bueno es aquello que genera placer o felicidad; lo que es malo es lo que genera dolor o infelicidad. Por consiguiente, un estado de las cosas es mejor que otro si genera —en forma agregada— más placer que dolor. De todas las alternativas, la mejor será aquella que ofrezca un mejor balance de placer sobre el dolor.

⁵ Elo pues la justificación de existencia de una regla es que la misma pueda ser violada. De lo contrario, sobra. (¿Porqué?) Pero existe un riesgo: invita a que el éxito de la regla se confunda (irónicamente) con su inviolabilidad y por ende innecesidad. ¿Cómo distinguir?

⁶ Presumiblemente, el cuestionamiento sobre la eficacia del arbitraje se basa en la existencia de fracasos.

⁷ El motivo descansa en una lección del análisis económico del derecho: la certeza de una sanción es más importante que su severidad. Aun un pequeño castigo puede disuadir conducta ilícita si existe certeza en su aplicación.

Una aguda observación de un destacado jurista internacional puede servir para resolver el dilema. Louis Henkin sostenía que:⁹

Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.

[Casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo.]

Creo que dicho estándar (preponderancia) es apropiado para juzgar la efectividad de una rama jurídica.

Y bajo el mismo, sin deparar alguno, asevero que el derecho arbitral mexicano es eficaz (y por ende útil): casi todas las personas que acuden al mecanismo arbitral obedecen casi todas las veces casi todas las obligaciones derivadas de un acuerdo o laudo arbitral.

Los casos desafortunados siguen siendo excepcionales. Invito a que se cuenten a la luz del porcentaje de casos existentes.¹⁰

Como fundamento de la aseveración de excepcionalidad de los fracasos no solo hago alusión a la práctica mexicana, sino la internacional. El arbitraje ha sido utilizado en materias diversas y ha funcionado. A continuación se tratarán dichos casos, aunque sucintamente.

IV. El éxito del arbitraje en casos importantes

Las evaluaciones polares tienden a ser precipitadas, superficiales y poco meditadas. Por ejemplo, decir “el arbitraje no sirve” necesariamente exige la pregunta de ¿para qué? Es dudoso que el emisor de la apreciación en verdad considere que no sirve para nada. Después de todo, el arbitraje ha sido utilizado como método para resolver crisis sociales serias. Los ejemplos abundan. Enunciaré algunos:¹¹

1. Las Comisiones de Reclamaciones establecidas después de la revolución mexicana en los años 1923 y 1934 con Estados Unidos,¹² Alemania,¹³ España,¹⁴ Inglaterra,¹⁵ Italia,¹⁶ Bélgica¹⁷ y Francia;¹⁸ de las cuales la más importante fue la Comisión con Estados Unidos.

⁸ Por ejemplo, Guillermo Zepeda Lecuona evidencia que en México alrededor del 1.6% de los delitos llega a proceso penal. (Vid CRIMEN SIN CASTIGO, PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO, México, D.F., Fondo de Cultura Económica – CIDAC, 2004, pg. 281.)

⁹ Louis Henkin, HOW NATIONS BEHAVE, Yale University Press, 2d ed., 1979, pg. 47.

¹⁰ Algo —es de admitirse— difícil dada la confidencialidad del arbitraje.

¹¹ Sin contar los intentos fallidos por motivos políticos. Uno me viene a la mente. William Randal Cremer, quien fuera el primer trabajador de “cuello-azul” en ganarse una silla en la British House of Commons y quien en 1903 ganó el Premio Nobel de Paz, durante toda su vida fue un campeón de la idea del arbitraje internacional, y en 1887 persuadió a 234 miembros del Parlamento a firmar una resolución dirigida al Presidente de los Estados Unidos de América solicitando que los dos países firmaran un tratado en el cual se contemplara que todas las controversias futuras entre Londres y Washington fueran resueltas mediante arbitraje internacional. Desafortunadamente, el Senado de Estados Unidos de América (un órgano reconocido por su poco respeto por el Estado de Derecho internacional) rechazó dicho tratado Anglo-Americano (Anglo-American Treaty for Arbitration). (Mark Kurlanski, NONVIOLENCE, Twenty-Five Lessons from the History of a Dangerous Idea, A Modern Library Chronicles Book, the Modern Library, New York, 2006, pgs. 114 y 116.)

¹² México y Estados Unidos establecieron una Comisión General de Reclamaciones mediante la Convención General de Reclamaciones (General Claims Conventions) firmada en Washington el 8 de septiembre de 1923. A su vez, existió una Comisión Especial de Reclamaciones creada mediante una Convención Especial de Reclamaciones (Special Claims Conventions) firmada en la Ciudad de México el 10 de septiembre de 1923.

2. La crisis de rehenes Irán-Estados Unidos que dio como lugar la creación de un tribunal arbitral en los Países Bajos que conoció de las reclamaciones de inversionistas en Irán.¹⁹
3. La Comisión de Reclamaciones de las Naciones Unidas establecida para compensar a las víctimas de la ilícita ocupación de Kuwait por Irak.²⁰
4. El Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland creado para ventilar las reclamaciones sobre titularidad de las ‘cuentas durmientes’ en Suiza por los herederos de las víctimas del Holocausto que hayan depositado dinero y otros valores en bancos suizos, mismo que puso fin a un problema que tomó más de medio siglo resolver.
5. Las comisiones ad hoc establecidas entre la República de Etiopía y el Estado de Eritrea para poner fin a la disputa territorial entre dichos países y para arbitrar las reclamaciones que resultaron de las violaciones al derecho internacional humanitario.²¹
6. El arbitraje de inversión — que despolitiza controversias entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones de inversiones, mismas que históricamente han llegado a dar lugar a incidentes bélicos.²²
7. El arbitraje deportivo, que ha servido como foro para dirimir eficientemente controversias entre deportistas.²³
8. El arbitraje de comercio internacional, gracias al cual en la actualidad se ha procurado un Estado de Derecho del comercio internacional nunca antes presenciado.²⁴

¹³ La Convención de Reclamaciones México-Alemania fue aceptada en términos substancialmente parecidos a la de México-Estados Unidos aunque con ciertas diferencias importantes. Fue firmada en la Ciudad de México el 16 de marzo de 1925.

¹⁴ Convención de Reclamaciones México-España, firmada en la Ciudad de México el 25 de noviembre de 1925.

¹⁵ Convención de Reclamaciones entre México y el Reino Unido, firmada el 10 de septiembre de 1926.

¹⁶ Convención de Reclamaciones entre México e Italia, firmada en la Ciudad de México el 13 de enero de 1927.

¹⁷ Acuerdo del 14 de mayo de 1927 por el que se estableció un “Tribunal Arbitral Administrativo” que consistiría de dos miembros que en caso de desacuerdo llamarían a un tercero (umpire).

¹⁸ Comisión Especial creada por la Special Claims Convention entre Estados Unidos y México del 21 de marzo de 1924.

¹⁹ Iran-U.S. Claims Tribunal, establecido por los Acuerdos de Algeria (“Algiers Accords”) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.

²⁰ United Nations Claims Commission (“UNCC”). Podría cuestionarse si se trata de ‘arbitraje’ pues la UNCC es un órgano administrativo que decide no hace determinaciones sobre responsabilidad (misma que está dada — la Resolución 687 del Consejo de Seguridad hizo responsable a Irak bajo derecho internacional por la ocupación ilícita de Kuwait), su misión es compensar a las víctimas de la invasión de Kuwait por Irak por los daños sufridos. La UNCC ventiló y resolvió 900,000 reclamaciones individuales por salidas forzadas, 6,000 reclamaciones individuales por daños personales o muerte; 1.7 millones de reclamaciones individuales de hasta US\$100,000 y casi 11,000 reclamaciones individuales que excedían US\$1,000,000. (Dado que he hecho alusión al cuestionamiento sobre la naturaleza, me pronunciaré: sí se trata de arbitraje. El que su misión (y litis) sea limitada no muda su naturaleza.)

²¹ Acuerdo de Amistad (Peace Agreement) del 12 de diciembre de 2000.

²² Por ejemplo, la práctica del Gunboat Diplomacy. A su vez, el derrocamiento del Gobierno de Mossadegh en Irán y de Allende en Chile fueron instancias evidentes de uso de la fuerza en relación con esta materia.

²³ Para abundar ver González de Cossío, ARBITRAJE DEPORTIVO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2006.

²⁴ Podría cuestionarse la importancia de esta disciplina. Es enorme. El bienestar del consumidor mundial nunca ha sido mejor gracias a la Organización Mundial de Comercio. Por si fuera poco, hay quien postula un nexo entre las políticas proteccionistas de principios del Siglo XX y los sentimientos sociales que dieron lugar a la Primera y Segunda Guerra Mundial.

9. La Comisión de Bosnia y Herzegovina²⁵ establecida mediante el Dayton Peace Agreement que puso fin a la Guerra de los Balcanes entre Bosnia y Herzegovina y que busca ventilar y resolver las reclamaciones por bienes inmuebles cuya enajenación no fue voluntaria.²⁶
10. Es probable que se generen comisiones que ventilen y resuelvan reclamaciones derivadas de los conflictos humanitarios en Rwanda, Sierra Leone y Congo.
11. Importantes obras de infraestructura, dentro de las cuales resalta por su importancia las disputas derivadas del Túnel entre Francia y Reino Unido,²⁷ mismas que fueron ventiladas mediante arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. El Tribunal Arbitral la calificó como la obra financiada en forma privada más grande de la historia.²⁸

Ante el éxito del arbitraje como mecanismo para ventilar y resolver crisis sociales serias, ¿por qué hay quien cuestiona su utilidad? Hay quien contesta que se trata de una observación ignorante, que carece de base o que obedece a una agenda distinta. Es posible que ello sea cierto, pero prefiero suponer la inexistencia de dichas circunstancias para indagar si hay algo de mérito en la apreciación. Posiblemente algo podamos aprender que sirva para mejorar el mecanismo. Para ello, destilemos las lecciones.

V. Lecciones

Para que una novela arbitral sea exitosa se necesitan tanto de buenos actores como un buen guión. Me refiero a lo siguiente:

1. El guión:
 - a) Una buena cláusula arbitral; y
 - b) Un buen laudo.
2. Los actores:
 - a) Un buen tribunal arbitral;
 - b) Buenos abogados de parte; y
 - c) Un buen juez.

Comentaré cada uno por separado.

²⁵ Commission for Real Property Claims and Displaced Persons and Refugees from Bosnia and Herzegovina.

²⁶ Durante el periodo de guerra existieron un sinnúmero de 'transacciones' mediante violencia o lesión (duress), sin que existiera documentación confiable sobre la misma.

²⁷ In the matter of an Arbitration before a Tribunal constituted in accordance with Article 19 of the Treaty between the French Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel fixed link signed at Canterbury on 12 February 1986, entre, por un lado (como demandantes) The Channel Tunnel Group Limited y France-Manche, S.A., y, como demandados, The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland y Le Ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du Territoire, du Tourisme et de la Mer du Gouvernement de la République Française. Laudo Parcial del 30 de enero de 2007.

²⁸ En palabras del Tribunal: "[the] ... largest privately-financed infrastructure project in history... financed without recourse to government funds or to government guarantees of a commercial or a financial nature"). (Párrafo 55 del Laudo Parcial del 30 de enero de 2007).

A. La cláusula arbitral

El guión debe estar bien elaborado, so pena de contar con una actuación trabucada. Muchos dolores de cabeza arbitrales obedecen a la necesidad de seguir o corregir lo dispuesto en una cláusula arbitral mal redactada. Deseo hacer eco de la lección más importante sobre cláusulas arbitrales, misma que es repetida ad nauseam por expertos: la mejor cláusula arbitral es la más sencilla; la copia verbatim de los reglamentos arbitrales que se desean utilizar.

Existe una ‘paradoja del acuerdo arbitral’. Lo he dicho antes y lo repetiré: existe una correlación inversa entre el conocimiento del derecho arbitral y la extensión del acuerdo arbitral. Entre más sabe su autor, más concisa es. Y viceversa.

Es de esperarse que los abogados redactores de las mismas aprendamos la lección: ahogado el niño arbitral, tapemos el poso con una cláusula prefabricada por la institución arbitral.

B. El laudo

El laudo arbitral es un acto jurídico complejo. La redacción del mismo equivale a construir un puente que sirva para resolver la controversia entre partes ubicadas en ambos lados del río de su diferencia. Dicho puente se elabora en base a ladrillos consistentes en principios y normas jurídicas. Reitero, ello es complejo. Implica no solo tener información jurídica, sino ser jurista. Es por ello que los mejores árbitros tienden a ser justamente eso: juristas, no solo practicantes (o mercaderes) del derecho.

Pero la complejidad no se queda en ello. Existen circunstancias diversas que el derecho escrito no contempla, de allí el papel de los (esotéricos) principios generales del derecho.

Además, el árbitro debe ser creativo. Pero al creativamente diseñar soluciones debe siempre ser justo.

Por si fuera poco, la psicología también juega un papel. Dado el principio de que no todos los argumentos deben necesariamente quedar abordados y refutados en un laudo,²⁹ el árbitro debe tener la sensibilidad de detectar el nivel de importancia que las partes le otorgan a cada argumento con miras a no dejar de expresamente³⁰ examinar en el laudo aquellos en los que las partes hayan puesto más énfasis (y fe), y con la extensión debida. De lo contrario, podría encontrarse con la (frecuentemente vista) situación que la parte perdedora siente que no se le tomó en cuenta. Aunque ello no es óbice para la ejecución del laudo,³¹ facilitaría su cumplimiento al transmitir el sentir que han sido justamente aquilatados sus puntos de vista.

Jurista, ingeniero jurídico, creativo, justo, astuto, y además psicólogo. ¡Bonito reto que tienen los árbitros!

C. El Tribunal Arbitral

“Tanto vale el arbitraje como el árbitro”, reza un adagio. Como lo expone atractivamente J.H. Carter:

²⁹ Cuidado, no confundir ‘argumento’ con ‘pretensión’. Mientras que no todos los argumentos tienen que ser expresamente abordados en un laudo, lo contrario es cierto de todas las pretensiones.

³⁰ El adjetivo es importante pues el que un argumento no haya sido expresamente tocado en el laudo no implica que el mismo no haya sido analizado, sino que ha sido contemplado en cualquiera que sea el resolutorio final. Ya sea a favor (si la pretensión fue aceptada) o en contra (si fue rechazada).

³¹ Pues no es causal de nulidad ni negativa de reconocimiento y ejecución del laudo.

The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators.³²

[Los tres temas más importantes en arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros y los árbitros.]

El tema del árbitro merece un tratado.³³ En este contexto sólo indicaré que, dentro del contexto del éxito del arbitraje y las lecciones que la experiencia actual brindan, dos cuestiones son de enfatizarse: en la selección del árbitro tanto las partes como el árbitro mismo deben entender que el 'árbitro de parte' (es decir, el designado por una de las partes) tiene que ser tan independiente e imparcial de la parte que lo designa como lo es de la otra parte en controversia. Dicho de otra manera, la designación del árbitro no implica que es 'su' árbitro. Es un acto que forma parte de un conjunto de pasos derivados de la voluntad de las partes de contar con un tribunal cuyos miembros, todos, son totalmente independientes e imparciales.

El árbitro de parte no le debe nada a la parte que lo designa que no le deba a la contraparte de este último.

D. Los abogados de parte

Los abogados de parte deben comprender que el arbitraje no se un juicio más.³⁴ Es un mecanismo totalmente distinto a los juicios locales de cualquier jurisdicción, que tiene su propio régimen y forma particular de hacer las cosas. No es inusual, y (evidentemente) tampoco incorrecto, encontrar con que un arbitraje en México³⁵ es seguido de forma totalmente distinta a como se siguen los procedimientos locales. Esta verdad, que a algunos les parece de Perogrullo, a otros asombra. No debe.

E. El Juez

La judicatura es una pieza esencial en el instrumento arbitral.³⁶ El juez y el árbitro son 'socios'. No compiten; cooperan. Y la forma en que lo hacen está delicadamente calibrada en un régimen de excepción contenido en los artículos 1415 a 1463 del Código de Comercio.

Dentro de dicho régimen, la norma más importante es el 1421, que establece que fuera de las situaciones expresamente contempladas, el juez competente no puede participar. Ello obedece a la justificación misma de la existencia del arbitraje: el deseo de las partes de resolver su controversia en forma meta-judicial.³⁷

³² THE SELECTION OF ARBITRATORS, *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, No. 1-4, 1994, pg. 84.

³³ Para abundar sobre la naturaleza, papel, derechos y obligaciones del árbitro puede consultarse "EL ÁRBITRO", conferencia en honor al Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, emitida el 17 Octubre de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que será reproducido en *Homenaje al Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, 2007* (en edición).

³⁴ Una verdad a veces oculta o confundida por el hecho que el régimen del arbitraje se encuentra insertado dentro del Libro Quinto "de los Juicios Mercantiles" del Código de Comercio.

³⁵ Es decir, con sede en México.

³⁶ Inclusive hay quien los califica de "dos variables indispensables en el binomio de procuración de justicia" (ver ponencia "EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA: UN BINOMIO NECESARIO EN LA ECUACIÓN DE PROCURACIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA", X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Campeche, 2007).

³⁷ Para abundar sobre esto, véase *LA JUDICATURA Y EL ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 2007.

VI. Comentario final

El arbitraje es una gran herramienta. Ha servido para canalizar y resolver problemas sociales serios. Dicha herramienta está subutilizada en México y América Latina. Lo que es más, a veces es mal utilizada.

Es de esperarse que las palabras anteriores sirvan para aprender las lecciones que las experiencias recientes han arrojado con miras a explotar todo el potencial que ofrece la herramienta arbitral.

El arbitraje en el ordenamiento tributario español Recensión del libro de Paula Vicente-Arche Coloma

por Juan Antonio Nájera Danieli*

Obra objeto de la presente recensión:

VICENTE-ARCHE COLOMA, Paula. El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta, Marcial Pons, S/E, Madrid, 2005, 230 pp., ISBN 84-9768-218-1.

Semblanza de la autora:

Paula Vicente-Arche Coloma es doctora en Derecho por la Universidad de Alicante (1998, tesis de grado: Las prestaciones tributarias legalmente exigibles entre particulares en el ordenamiento jurídico español) y actualmente es profesora titular por oposición de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Miguel Hernández de Elche (mediante resolución de 27 de marzo de 2001), en donde imparte las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario, Gestión Financiera Autonómica y Local, Nuevas Tecnologías y Tributación, Tributación Comunitaria e Internacional y otras.

Resumen de la obra:

Acorde con las tendencias mundiales respecto una mayor tutela de los derechos del contribuyente, así como el desarrollo de medios alternativos de solución de controversias, el incremento de los recursos administrativos y litigios entre la Administración tributaria y los contribuyentes, lo dilatado y costoso de su resolución y la mayor carga de trabajo de la justicia administrativa, se han planteado nuevas fórmulas orientadas a propiciar un mayor cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de los contribuyentes en sus relaciones con la Administración tributaria. Destaca entre ellas el arbitraje, ya que podría facilitar mayormente la solución de las controversias surgidas en el ámbito tributario a través de un procedimiento más fluido y de menor costo. Este libro propone la adopción, ya planteada desde el 2001 en el primer Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria, de introducir en el ordenamiento español el arbitraje como método alternativo a los recursos en sede administrativa, efectuando una propuesta integral aplicable tanto en el marco de los tributos estatales como en el de los autonómicos y locales. Con tal propósito, la autora formula un planteamiento holístico del arbitraje tributario, abarcando tanto sus elementos materiales como los aspectos procedimentales, en apoyo de su propuesta de implantación de este mecanismo alterno de solución de controversias.

Esta obra aborda la posibilidad de introducir el arbitraje como método idóneo y alternativo (dada su agilidad y menor costo) en los recursos sustanciados en sede administrativa con el propósito de aminorar la litigiosidad entre la Administración y los contribuyentes, disminuir el tiempo requerido para la resolución de los conflictos y, consecuentemente, aliviar el colapso en que se encuentra la justicia administrativa.

* Socio del despacho NDA Najera Danieli & Asociados de R.L.

En el capítulo I, la autora aborda el tema de la legitimidad de la utilización del arbitraje en el ámbito tributario, que incluye el planteamiento de la cuestión (tipología de las técnicas convencionales o medios alternativos de resolución de controversias al recurso administrativo), la admisibilidad de dichas técnicas convencionales de resolución de controversias en el ámbito tributario y los problemas que ello suscita, explicando al arbitraje como técnica convencional aplicada en el ámbito jurídico-público, así como las exigencias constitucionales previas a la admisión del arbitraje tributario.

En el capítulo II, la autora emprende la elaboración del concepto, ámbito y naturaleza jurídica del arbitraje tributario. En este capítulo analiza la naturaleza jurídica del arbitraje tributario y, partiendo del concepto de arbitraje en otras ramas del Derecho, formula diversas premisas básicas en orden a obtener una definición de arbitraje tributario, comenzando por el propio planteamiento de la cuestión, las distinciones del arbitraje tributario con aquel de Derecho privado, distinguiendo entre arbitraje de Derecho y el de equidad y analizando el carácter voluntario o forzoso que debiera tener el arbitraje tributario para enseguida formular un concepto de arbitraje tributario, definiendo su ámbito de aplicación y el objeto que le es propio, incluyendo el análisis del momento procesal oportuno del arbitraje tributario, la ubicación del arbitraje tributario en el marco de las reclamaciones y recursos tributarios y su papel como alternativa a la reclamación económico-administrativa, para de allí abordar su aplicación en el ámbito local a la luz de la necesidad de una reforma de los recursos en el marco de las Haciendas locales, mencionando la experiencia del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, lo que le sirve de base teórica para plantear su propuesta, distinguiéndola de figuras afines como la mediación, la conciliación, la transacción, la tasación pericial contradictoria y la Junta Arbitral regulada en la Ley Española 8/1980.

Para esta autora, es evidente que existe una "ineficiencia del actual sistema de recursos. . . que, en ocasiones, limita enormemente la tutela de los derechos e intereses legítimos de los obligados tributarios", lo que redundaría en la "oportunidad y conveniencia de la implantación de mecanismos de resolución de controversias. . ."

Partiendo del hecho que el artículo 2.1 de la Ley Española 60/2003 dispone que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. . .", formula una elaboración en pro de la arbitrabilidad en materia tributaria sosteniendo que, si bien la obligación tributaria es indisponible, el hecho de someter una controversia tributaria a arbitraje "no implica disponer de ningún elemento de la obligación tributaria, pues ésta ya habrá nacido y se habrá aplicado conforme a las previsiones contenidas en la Ley. Que las partes decidan someter el conflicto a arbitraje, en vez de a la reclamación o recurso procedente, no significa ni que renuncien a la tutela judicial efectiva, ni que se disponga de algún elemento de la obligación tributaria, como tampoco conlleva, finalmente, que se esté vulnerando el principio de legalidad, pues al acudir a dicho método de resolución de conflictos, será en base a las previsiones que la Ley hubiera establecido al efecto."

En el capítulo III la autora emprende el análisis del régimen jurídico del arbitraje tributario, comenzando por su carácter institucional, por contraposición al arbitraje ad hoc, siguiendo con el análisis de la integración del Tribunal arbitral, los caracteres de los árbitros, el aspecto colegiado, el procedimiento de nombramiento y recusación de los árbitros y lo relativo a la competencia del órgano arbitral. En seguida, trata lo relativo al procedimiento del arbitraje tributario, comenzando por el convenio arbitral, la capacidad y legitimación de las partes, el contenido y forma del convenio arbitral, sus efectos positivos y negativos y la renuncia al mismo; la aceptación de los árbitros, los caracteres del procedimiento y principios aplicables, así como su desarrollo en lo tocante a la fase inicial y la de alegaciones, pruebas y audiencia, sin olvidar el tratamiento de otras cuestiones tales como la adopción de medidas cautelares y suspensión de la ejecución del acto, para de allí estudiar la finalización del procedimiento, especialmente la emisión del laudo arbitral en cuanto a su forma, contenido y plazo de emisión, sus efectos y su ejecución, para concluir con un estudio de la impugnabilidad del laudo arbitral y su compatibilidad con la necesidad de agotar la vía administrativa.

Valoración crítica:

En general, esta obra es sumamente completa, editada por Marcial Pons, escrita en un estilo claro y académico, con facilidad de comprensión, aunque dirigida a especialistas en Derecho tributario y administrativo; con un adecuado manejo y utilización de las fuentes, bibliografía utilizada y documentación por la autora, pero se enfoca en el caso español, tanto estatal como autonómico y local y resulta omisa en cuanto a los antecedentes de arbitraje impositivo internacional, amén de que soslaya el tema de los costos del arbitraje, que propone sea gratuito, lo cual no resuelve uno de los aspectos prácticos más importantes en esta materia, como son las tasas administrativas del arbitraje y los honorarios de los árbitros, lo que conlleva implicaciones de diversos tipos, ya sean en materia de adquisiciones o contratación gubernamental, disponibilidad y disposición presupuestaria o respecto de la ejecutabilidad de medidas cautelares o provisionales y providencias ejecutivas, aspectos que deben ser considerados necesariamente para asegurar la viabilidad en la adopción de este mecanismo de indudable beneficio para la resolución de las cada vez más numerosas controversias tributarias.

Conclusión orientativa:

Este es, sin duda, un tema que continuará dando que hablar, dada la conjunción de factores que inciden en una tendencia mundial hacia la adopción de técnicas convencionales para la resolución de todo tipo de controversias, amén de que ya existe una dilatada experiencia en materia de arbitraje tributario internacional con base en los convenios o tratados para prevenir la doble imposición y en los tratados de libre comercio -controversias en materia de protección de inversiones con base en la alegada confiscatoriedad de tributos o expropiación-.

Existen variadas elaboraciones doctrinales y análisis del presente tema que permiten apreciar su tendencia evolutiva. En España destacan los trabajos de Rafael Calvo Ortega (En defensa del arbitraje tributario. *Crónica Tributaria* No. 100, 2001, pp. 153-166); los de Tulio Rosembuj (La Transacción Tributaria, Atelier, 2000); los de Francisco Alfredo García Prats, (Arbitraje tributario, conferencia dictada en la Universidad de Valencia), los de BUSTILLO BOLADO (Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento, Aranzadi, 2001); los artículos de Yolanda García Calvente e Ignacio Cruz Padial (Quincena fiscal: Revista de actualidad fiscal, ISSN 1132-8576, Nº 8, 2002, pp. 7-14; Ca T No. 3120, 1999); de FALCÓN Y TELLA (QF No. 2, 1995), FERREIRO LAPATZA (QF No. 3, 2002 y QF No. 9, 2003), así como el Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria (www.datadiar.com/actual/reformalgt/ilgt006b.htm).

En México, Ángeles GARCÍA FRÍAS publicó un apartado sobre "Arbitraje tributario" en el Diccionario Jurídico (2003); en el Perú, Cecilia Delgado Ratto, propone la adopción de esta figura (www.ipdt.org/editor/docs/Delgado09.07.04.pdf); en la Argentina, Carlos, Paola y Diego Matarrelli, así como Arístides H. M. Corti, José Osvaldo Casás, Jorge Héctor Damarco, Roberto M. Mordeglia, Agustín Torres, Rodolfo R. Spisso y Esteban J. Urristi, hacen lo propio (www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/12/0001292.pdf); en Chile, Rodrigo Winter formula una propuesta análoga (www.deloitte.com/dtt/press_release/0,1014,sid%253D17009%2526cid%253D158428,00.html); en Venezuela encontramos los trabajos de Luis Fraga Pittaluga y Cesar Hernandez (www.lacamaradecaracas.org.ve/download/cdt_1079.doc), amén de que el Código Orgánico Tributario prevé la posibilidad de someter a arbitraje independiente las disputas surgidas en materia susceptible de transacción (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001), aunado a la Resolución adoptada con motivo de la XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en relación al Arbitraje en materia Tributaria (www.ichdt.cl/jornadas_latinas.htm).

En los Estados Unidos, la Legislatura de Texas adoptó una ley (1º de enero de 2006) que establece el arbitraje vinculante (binding arbitration) contra las decisiones de la Appraisal Review Board en caso de avalúos de bienes inmuebles para efectos impositivos (property tax).

En Rusia existen "Cortes de Arbitraje" federales con competencia sobre materias impositivas (casos Yukos, TNK-VR y RussNeft) y en China se ha pretendido recientemente arbitrar el impuesto petrolero (caso ConocoPhillips vs. China National Petroleum Corp.).

Asistencia y control de la judicatura en el arbitraje comercial

Lic. Carlos J. McCadden Martínez

Lic. Rogelio Moreno Guinea *

El arbitraje comercial privado, en adelante “arbitraje”, es un mecanismo heterocompositivo, extrajudicial o alternativo al proceso judicial, en que un tercero (hetero-) dirime (compone) una controversia por medio de un laudo con carácter definitivo y obligatorio para las partes involucradas. Al haber una limitación en la intervención del Estado, no cualquier materia es apta para someterse a él. En consecuencia, el arbitraje se ha especializado en las materias mercantiles, siendo hoy por hoy el mecanismo ideal para resolver, principalmente, controversias surgidas de relaciones comerciales nacionales e internacionales.

Esta especialización le ha permitido gozar de diversas ventajas frente a los procesos judiciales, como son el tener un marco jurídico uniforme en el plano nacional e internacional; el contar con especialistas en la materia; el ser más expedito; el reducir el costo de las reclamaciones; y, el no tener que batallar con obstáculos que pueden derivar de procedimientos judiciales en países desconocidos con Estados tremendamente burocratizados e incluso eventualmente corruptos, o con insuficiencia de recursos económicos y humanos.

Se podría decir que lo que las partes buscan al someter sus controversias a arbitraje es alejarse de los tribunales estatales, no obstante, existen ciertos casos en los cuales se requiere de la asistencia o del control judicial para dotarlo de eficacia y seguridad jurídica. Así el juez es más un colaborador que un supervisor del arbitraje, pues le brinda herramientas, particularmente el imperium, que facilitan su sustanciación y ejecución, evitando, en la medida de lo posible, la judicialización del proceso arbitral.

La intervención de la judicatura en el arbitraje lo convierte en un proceso localizado que se rige por algún sistema jurídico específico respaldado por una judicatura particular que debe jugar un papel reducido en el proceso arbitral. El arbitraje tiene como regla general la no intervención judicial, con excepción de aquellos casos en que la ley la establece de manera concreta, aunque excepcional. En México, como regla general, la intervención de la judicatura en el arbitraje tiene como finalidad la asistencia, y sólo como excepción busca controlar que éste se lleve a cabo conforme a derecho.¹ La intervención de los jueces en el arbitraje está condicionada a la solicitud que haga alguna de las partes, y su alcance no podrá ir más allá de lo que éstas le hayan solicitado, siempre dentro de los parámetros establecidos por la ley. Por esta razón, el juez sólo podrá actuar hasta el límite de lo que las partes le soliciten, aun cuando por legalmente se le podría solicitar más todavía.

Si se utilizan ambas instituciones de forma armónica, y no antagónica, la asistencia y control judicial que pueden ofrecer los tribunales estatales al arbitraje serán en beneficio de éste y no un obstáculo, como muchas veces se piensa. A continuación presentamos una breve descripción de los casos en los que la judicatura puede intervenir en un proceso arbitral, determinando su alcance y mostrando cómo dicha intervención no entorpece, sino que concurre a la eficacia del arbitraje, incluso en aquellos casos en que se acude al control judicial.

* Abogados de Loperena, Lerc y Martín del Campo

¹ Cfr. González De Cossío, Francisco, El arbitraje y la judicatura, Porrúa, México, 2007, p. 10.

Los casos en los que la judicatura puede intervenir en el proceso arbitral, sea para asistirlo o para controlarlo son: (i) el reconocimiento y ejecución del acuerdo arbitral;² (ii) la composición del tribunal arbitral;³ (iii) la petición de medidas precautorias;⁴ (iv) el desahogo de pruebas;⁵ (v) la determinación de costas,⁶ y (vi) la nulidad o el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.⁷

(i) Reconocimiento y ejecución del acuerdo arbitral. Cualquiera de las partes puede manifestar su oposición a sujetarse a un proceso arbitral si considera que el acuerdo en cuestión es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, debido a que éste es la fuente que da origen al proceso arbitral. Dado el caso, el juez está facultado para revisar de fondo la validez de dicho acuerdo si así se lo solicitan las partes. Ésta es una norma excepcional que busca evitar que el tribunal arbitral se atribuya una competencia inexistente o exorbitante, lo que implica que la función del juez es de control. En esto no hay que perder de vista que la facultad del juez está limitada únicamente a reconocer los casos en los cuales el tribunal es competente, o no, y no puede deslindar sus facultades.

Si se somete una controversia objeto de arbitraje ante un juez sin que la validez del acuerdo arbitral haya sido cuestionada o sin que el juez la haya confirmado, entonces la ley establece, de forma imperativa, que éste debe remitir a las partes a arbitraje. La remisión al arbitraje no está a discreción del juez, es una obligación, y el rol que desempeña en este caso es el de asistir brindando su imperium a favor del arbitraje, obligando a la(s) parte(s) que se opone(n) a acudir a éste, a hacerlo.

(ii) Composición del tribunal arbitral. Si las partes convinieron un procedimiento para el nombramiento de árbitros distinto al establecido en ley, y alguna de ellas, los árbitros, o la institución encargada de conducir el arbitraje lo incumple o no lo cumple cabalmente, cualquiera de las partes puede solicitar al juez que adopte las medidas necesarias para hacer cumplir el procedimiento en cuestión, con la salvedad de que éste prevea otros medios para conseguirlo. La función del juez, en este caso, es la de asistir al arbitraje, contribuyendo a que se cumplan con los procedimientos que las partes hayan acordado para la sustanciación del proceso. Es necesario recordar que la intervención del juez estará siempre supeditada a la petición hecha por cualquiera de las partes y no podrá ir más allá de lo que éstas le soliciten expresamente.

Por lo que hace al procedimiento de recusación de árbitros, las partes están facultadas para acordar libremente el que ellas deseen, a falta de dicho acuerdo, se deberá seguir el procedimiento establecido por la ley, el cual establece que si alguna de las partes solicita la recusación de un árbitro y éste no renuncia voluntariamente a su encargo, o la contraparte no está de acuerdo con la recusación, le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre la misma. Si la recusación no prospera, el juez está facultado para resolver, en definitiva, sobre la procedencia de la resolución emitida por el tribunal arbitral. En este caso, la función del juez es de control, ya que busca que el o los árbitros no se excedan en sus funciones al investirse competencias excesivas o inexistentes.

Para el caso de que alguna de las partes solicite la remoción de alguno de los árbitros, y alguna de las contrapartes no estuviere de acuerdo con ella, éstas tienen la facultad de acudir con el juez competente para solicitarle que dé por terminado el encargo del árbitro, correspondiéndole a dicha parte demostrar las causales en las que base su intención de removerlo, mismas que deberán ser verificadas por el juez. Nuevamente, la función del juez es la de

² Artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

³ Artículos 1426 al 1431 del Código de Comercio.

⁴ Artículos 1425 y 1433 del Código de Comercio.

⁵ Artículo 1444 del Código de Comercio.

⁶ Artículos 1452 al 1456 del Código de Comercio.

⁷ Artículos 1457 al 1463 del Código de Comercio.

asistir al arbitraje evitando su obstaculización al resolver las diferencias que puedan surgir entre las partes respecto a la remoción de un árbitro.

(iii) Medidas precautorias. Los tribunales judiciales y los arbitrales tienen una jurisdicción concurrente en lo que se refiere a la toma de medidas precautorias, por lo que las partes podrán solicitar, a cualquiera de ellos, la emisión de dichas medidas, sea antes de iniciarse las actuaciones arbitrales o cuando éstas estén en curso, si las partes no acordaron algo en contrario. La ventaja de hacerlo directamente ante el juez radica en que las medidas en cuestión serían ejecutables de forma inmediata.

El tribunal arbitral está limitado respecto al alcance de las medidas precautorias que dicte, por lo que en caso de que la garantía exigida por el tribunal arbitral no fuera suficiente y se requiriera la emisión de dichas medidas en contra de terceros, se requerirá forzosamente la intervención de la autoridad judicial, pues sólo ésta cuenta con imperium para obligar a un tercero a adoptarlas. Si el destinatario de cierta medida precautoria, incluyendo a un tercero, no la acata de forma voluntaria, sólo un juez puede obligarlo a hacerlo, puesto que los árbitros, al carecer de imperium, no pueden hacerlo.

La jurisdicción concurrente entre la judicatura y el arbitraje para la emisión de medidas precautorias busca facilitar el proceso arbitral dotándolo de las herramientas necesarias para que éste no sea obstaculizado. Esto no significa que se tengan varias “instancias” para la adopción de dichas medidas.

Las normas que autorizan al juez a adoptar medidas precautorias son discrecionales, por lo que el juez no tiene la obligación de adoptarlas, pues la emisión de dichas medidas se justifica, únicamente, para el caso de que alguna de las partes pudiera quedar despojada de razones para continuar con el arbitraje (periculum in mora). Una vez más, el papel del juez es de asistencia al arbitraje.

(iv) Desahogo de pruebas. Tanto el tribunal arbitral como las partes, previa aprobación del tribunal, pueden solicitar al juez su apoyo para la obtención y desahogo de pruebas. Dicha facultad tiene como finalidad apoyar al tribunal arbitral a través del “préstamo” de su imperium, para evitar que el proceso arbitral se detenga o se torne ineficaz.

(v) Determinación de costas. La determinación de las costas del arbitraje está a cargo del tribunal arbitral. No obstante, las partes están facultadas para solicitar al juez que realice las observaciones que considere apropiadas respecto de los honorarios de los árbitros, debiendo el tribunal arbitral fijarlos sólo tras consultar al juez. Ésta es una norma discrecional pues, por una parte, el juez no está obligado a realizar esta función y debe consentir en desempeñarla; y, por la otra, su competencia se limita a hacer observaciones, mas no podrá modificar las costas que el tribunal arbitral determine y este último sólo tiene la obligación de considerar las observaciones que el juez emita al respecto.

El tribunal arbitral puede requerir, durante el proceso arbitral, depósitos para los gastos de arbitraje en general. Al respecto, las partes pueden solicitar la asistencia del juez, misma que consistirá en formular al tribunal arbitral todas las observaciones que estime apropiadas relativas al monto de tales depósitos, previo a la determinación de éstos por parte del tribunal arbitral. Ésta es una norma discrecional, y el juez no está obligado a realizar esta función, sino que debe consentir en desempeñarla.

(vi) Nulidad o reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. En caso de que alguna de las partes se rehúse a cumplir con las obligaciones que el laudo arbitral le impone por considerarlo nulo, tiene la facultad de solicitar el apoyo de la judicatura para que declare su nulidad, si ésta es comprobada. Si una de las partes sólo se opone a cumplirlo pero no busca su nulidad, la contraparte tiene la facultad de solicitar el apoyo de la judicatura para que se reconozca el laudo arbitral, o lo ejecute mediante el uso de su imperium.

El juez al que se someta la anulación, o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, está solamente facultado para revisar que se hayan cumplido las cuestiones de forma y no de fondo, debido a que su competencia se restringe exclusivamente a determinar si existe una de las causales de nulidad o no ejecución del laudo, no a reevaluar de fondo la cuestión.

En referencia a la anulación o no ejecución del laudo arbitral, la ley establece, como norma excepcional, que sólo ante la presencia de una causal válida el laudo podrá ser anulado o, en su caso, no ejecutado. A su vez, dicha norma está vinculada a otra de carácter discrecional que consiste en que incluso en presencia de alguna de las causales en cuestión, el juez tiene la opción, mas no la obligación, de anular o no ejecutar el laudo, lo cual es procedente únicamente si se prueba que dicha causal generó un daño real a la parte en cuestión.

En conclusión, a pesar de que en el foro haya algunos abogados o incluso jueces y magistrado que consideran los procedimientos arbitrales y los judiciales como opuestos e irreconciliables, la verdad es que si se utilizan ambas instituciones de forma armónica, no antagónica, los tribunales estatales ofrecen al arbitraje, de una manera integral, la asistencia y el control que redundan en un formidable beneficio para el arbitraje comercial, sea nacional o internacional.

Cumplimiento sustituto de un laudo arbitral

Lic. Rodrigo Zamora Etcharren¹

En fecha reciente, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó la Tesis titulada "laudo arbitral. cuando jurídica o materialmente no es posible ejecutarlo, procede la vía incidental para exigir el cumplimiento sustituto." (la "Ejecutoria"), la cual regula el cumplimiento sustituto de un laudo arbitral. Este artículo comenta dicha Tesis.

Registro No. 168881

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVIII, Septiembre de 2008

Página: 1309

Tesis: I.3o.C.703 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

LAUDO ARBITRAL. CUANDO JURÍDICA O MATERIALMENTE NO ES POSIBLE EJECUTARLO, PROCEDE LA VÍA INCIDENTAL PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO.

El artículo 1461 del Código de Comercio dispone que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación por escrito al Juez, será ejecutado de acuerdo a las reglas del libro quinto ("De los juicios mercantiles") título cuarto ("Del arbitraje comercial"), capítulo IX ("Reconocimiento y ejecución de laudos"). El artículo 1462 del mismo ordenamiento dispone que la ejecución de un laudo arbitral sólo se denegará en los casos previstos en ese precepto, mientras que el diverso numeral 1463 establece que el procedimiento de reconocimiento o ejecución de laudo se substanciará incidentalmente en términos del artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuya resolución no será objeto de recurso alguno y limita la materia de estudio por parte del tribunal a cuestiones formales, sin analizar cuestiones de fondo del laudo porque tal aspecto se trata de un tema confiado por las partes al árbitro, y sólo se exige del órgano judicial, en su caso, su necesario complemento para que sea reconocido y ejecutado. La ejecución del laudo tiene diferentes modalidades según se trate de la naturaleza del derecho que se pretende realizar que puede revestir un carácter positivo o negativo. Si el ejecutado no cumpliera con lo ordenado en la sentencia que reconoce y homologa el laudo dentro del plazo señalado por el Juez, deberá realizarse en vía de apremio; si se trata de una condena de no hacer, el ejecutante, por la naturaleza del derecho, podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, y a costa del ejecutado y, en su caso, el pago de daños y perjuicios. Lo anterior, encuentra fundamento, en primer lugar, por la aplicación supletoria de las reglas que se contienen en el Código Civil Federal y, segundo, por la naturaleza y alcance de aquellas que regulan el tema relativo al incumplimiento de las obligaciones. No existe una disposición en el Código de Comercio que establezca cómo debe procederse en relación con la ejecución de un laudo cuando existe imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos. En este supuesto,

¹ Coordinador de la Comisión de Derecho Mercantil de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Socio de Bufete Zamora Pierce. Abogado de parte y árbitro.

corresponde realizar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil Federal al que remite el primer ordenamiento invocado, y en especial, las que se refieren al incumplimiento de una obligación, porque la naturaleza de un fallo que homologa, reconoce y ordena ejecutar un laudo arbitral constituye cosa juzgada formal y material que genera un carácter vinculatorio y definitivo tanto para las partes como para el Estado, que debe proveer a su cumplimiento. Entonces, la procedencia del incidente de daños y perjuicios ante la imposibilidad de cumplir el fallo que reconoció y homologó el laudo, encuentra, por analogía, una cobertura legal en el artículo 2104 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, que establece que quien estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, así como el que contravenga una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención y, motiva que ante cualquier obstáculo que dificulte o haga imposible la ejecución del laudo, aun en el caso de falta de responsabilidad del deudor ejecutado, pueda reclamarse en la vía incidental, y no en un nuevo juicio, el pago citado y el juzgador deba pronunciarse sobre ese aspecto. Debe distinguirse por un lado, entre el contenido del fallo que reconoce, homologa y declara procedente la ejecución del laudo que se circunscribe a constatar la existencia y firmeza de una decisión emitida por un árbitro y que, ante la falta de imperio para ejecutar sus propias resoluciones sólo complementa, en vía de ejecución, lo resuelto por el árbitro; y, por otro, la hipótesis en que ante la imposibilidad de ejecutar ese laudo nazca el derecho del ejecutante a reclamar el pago de daños y perjuicios. Esto es así porque esas situaciones tienen un carácter diverso por tratarse de un fallo que sólo tiene el carácter de cosa juzgada en cuanto al pronunciamiento de la ejecutividad del laudo, y la segunda atañe a una incidencia que se da a partir de la ejecución de aquel cuyo desarrollo y procedencia es cosa juzgada y encuentra un obstáculo físico o jurídico insalvable para su realización. Es cierto que la sentencia que reconoce, homologa y ejecuta el laudo arbitral, define de modo absoluto qué derecho es el que debe ejecutarse y que en principio, la regla general es que en la ejecución sólo puede realizarse ese derecho y no uno distinto porque en relación con él fue que las partes contendieron en el juicio respectivo; de modo que si es un derecho nuevo su reclamo debe hacerse en un juicio autónomo. Sin embargo, cuando la sentencia que reconoció la ejecutabilidad del laudo no pueda realizarse por una cuestión jurídica o material que lo impide, corresponde a ese mismo Juez reconocer esa circunstancia de imposibilidad y correlativamente que existe un derecho sustantivo que pueda ser satisfecho de un modo equivalente, sin necesidad de exigir una vía ordinaria en un juicio autónomo; esto es, procede la vía incidental para resolver sobre el cumplimiento alternativo pues lo que interesa es que se ejecute el laudo respectivo, en un aspecto de sustitución que subyace en todo cumplimiento de carácter positivo, o sea, que por virtud de la cosa juzgada formal y material, ya está definida una obligación con su acreedor y deudor, solamente que demostrada la causa de imposibilidad para cumplirla, no debe exigirse un nuevo juicio para reclamar el pago de daños y perjuicios que proviene de la imposibilidad de ejecutar el laudo, porque entre éstos y la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció el derecho declarado en el laudo, se plantea un nexo causal que constituye un elemento de la acción incidental. En esas condiciones, resulta factible que en el mismo juicio de reconocimiento y homologación del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo; lo que es acorde no solamente con la finalidad del procedimiento en mención, tendiente no sólo a que se le otorgue de imperatividad al laudo, sino de que se vele por el acceso efectivo a la tutela judicial que prevé el artículo 17 de la Constitución Federal, y no exista traba innecesaria que impida la realización del interés del ejecutante, esto es, que ese reconocimiento y homologación en realidad no debe quedar incumplido de manera indefinida por no existir los supuestos originales en que se apoyó esa determinación, y debe existir la posibilidad de sustituir su forma de cumplimiento ante las dificultades presentadas a fin de dar plena eficacia a un laudo que es cosa juzgada y partiendo de la petición del ejecutante que vio frustrada su intención original de realizar su derecho tal y como se declaró

ejecutable a su favor. En ese sentido, el incidente tiene como causa de pedir que la obligación original derivada del laudo reconocido y homologado ha sido incumplida y que exista imposibilidad física o jurídica para cumplirla, esto es, que será materia del incidente la demostración de esos extremos para que se surta la posibilidad de sustituir la obligación primigenia por otra, o por el pago de daños y perjuicios, como una condena alternativa que dicte el Juez ejecutor en el incidente respectivo, puesto que el incidente guarda relación con los alcances originales de la ejecutoria que reconoció, homologó y mandó ejecutar ese laudo, para que éste tenga plena eficacia y se cumpla con lo juzgado, porque ya no se trata de un mero acuerdo entre las partes que puede o no ser observado, sino de un acto cuya fuerza vinculativa ha sido reconocida por los tribunales del Estado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 117/2008. Enrique Autrique Gómez y otra. 19 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

La Ejecutoria identifica algunas de las reglas generales de ejecución de un laudo arbitral: (a) un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante; (b) la ejecución de un laudo arbitral sólo se denegará en los casos previstos en el artículo 1462 del Código de Comercio; (c) el estudio por parte del tribunal se limita a cuestiones formales, sin analizar cuestiones de fondo del laudo, pues tal aspecto se trata de un tema confiado por las partes al árbitro; y (d) un fallo que homologa, reconoce y ordena ejecutar un laudo arbitral constituye cosa juzgada formal y material que genera un carácter vinculativo y definitivo tanto para las partes como para el Estado, que debe proveer a su cumplimiento.

Establecido lo anterior, la Ejecutoria contempla que, al igual que sucede con las sentencias judiciales, la ejecución del laudo en vía de apremio tiene diferentes modalidades según se trate de la naturaleza del derecho que se pretende realizar.

Por un lado, si se trata de una condena de no hacer, el ejecutante podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, y a costa del ejecutado podrá solicitar -en la vía incidental y sin necesidad de nuevo juicio- el pago de daños y perjuicios. Ello, ya que en se deben aplicar supletoriamente las reglas del Código Civil Federal (ej. artículo 2104), pues en el Código de Comercio no hay disposición que regule cómo debe procederse en relación con la ejecución de un laudo cuando existe imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos.

Todo lo anterior, señaló el Tribunal Colegiado, con la finalidad no sólo de que se le otorgue imperatividad al laudo, sino de que se vele por el acceso efectivo a la tutela judicial que prevé el artículo 17 de la Constitución Federal, y no exista traba innecesaria que impida la realización del interés del ejecutante, debiendo existir la posibilidad de sustituir su forma de cumplimiento ante las dificultades presentadas a fin de dar plena eficacia a un laudo que es cosa juzgada.

La Incorporación por Referencia

Dr. Claus von Wobeser*

I. Introducción

A poco más de sus cincuenta años de existencia, festejo a propósito del cual se escriben estas líneas, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada en la ciudad de Nueva York el 10 de junio de 1958 (mejor conocida como la “**Convención de Nueva York**”) es, quizá, el acuerdo multilateral más exitoso que jamás se haya establecido, no solamente para el arbitraje comercial internacional, sino en el ámbito del Derecho Internacional Privado.¹

Para un sinnúmero de autores, y nosotros no somos la excepción, este documento constituye el catalizador más importante para el desarrollo del régimen legal del arbitraje comercial internacional.

Contrario a lo que pudiera percibirse de su nombre, la importancia de la Convención de Nueva York radica no solamente en establecer un régimen mínimo y uniforme para el reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias arbitrales extranjeras, sino que también abarca lo relativo al reconocimiento y ejecución de acuerdos arbitrales, convirtiéndose así en el andamiaje jurídico del arbitraje comercial sobre del cual se han edificado las más recientes y modernas leyes arbitrales nacionales e internacionales.

Al ser el arbitraje comercial un régimen de excepción a la competencia de los tribunales estatales, es de vital importancia contar con una regulación que, aunque general, establezca con claridad los elementos mínimos para brindar a las partes involucradas certeza y seguridad jurídicas, así como para contar con procedimientos arbitrales exitosos.

Uno de los elementos más importantes del arbitraje comercial (sino es que el más importante), es el acuerdo arbitral, es decir, el acuerdo por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resuelva mediante arbitraje.

Conforme a la legislación internacional en materia de arbitraje, de la cual la Convención de Nueva York constituye uno de sus fundamentos principales y que a su vez ha permeado a las legislaciones locales, el acuerdo arbitral debe reunir ciertos requisitos y elementos para que pueda surtir sus efectos jurídicos y, en caso de ser necesario, poder solicitar su reconocimiento y ejecución forzosa.

A esta serie de requisitos y elementos que deben contener los acuerdos arbitrales, a los cuales nos referiremos más adelante, contrastan la versatilidad y flexibilidad del comercio, en específico, las del comercio internacional actual. Es por ello que el legislador, tanto internacional como local, ha debido tomar en consideración ciertas prácticas comerciales y reconocerlas para la formación del consentimiento entre dos o más partes para pactar un acuerdo arbitral.

* Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje ICC, Socio Director del despacho Von Wobeser y Sierra, S.C.

¹ Al momento de escribir este artículo, de conformidad con la información mostrada en la página de Internet de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, existen 142 Estados parte de la Convención de Nueva York (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

Como parte de estas prácticas, nos referiremos en específico a la incorporación por referencia, esto es, al instrumento jurídico por virtud del cual un documento (o parte de un documento) se convierte parte de otro simplemente por la mera referencia a aquél.

En los siguientes apartados nos abocaremos al análisis de esta figura resaltando la importancia que ha tenido para el desarrollo del arbitraje comercial moderno. Para tal efecto, es imperativo hacer referencia, así tan solo sea de paso, al acuerdo arbitral y al forma en éste ha sido regulado, partiendo de la Convención de Nueva York, pasando por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo la “CNUDMI”) Sobre Arbitraje Comercial Internacional (en lo sucesivo la “Ley Modelo de Arbitraje”), y la repercusión de ésta sobre una cantidad importante de legislaciones domésticas sobre arbitraje.

Posteriormente se estudiará con un poco más de detalle la figura de la incorporación por referencia y la forma en que esta está planteada en la legislación internacional actual, haciendo una referencia obligada a la experiencia Mexicana al respecto.

Para completar nuestro análisis, dedicaremos nuestros comentarios finales a una serie de planteamientos acerca de la poca utilidad que entendemos ha tenido la incorporación por referencia en materia arbitral en la práctica.

II. El Acuerdo Arbitral

A Definición

Como se menciona párrafos arriba, el acuerdo arbitral es aquél por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resuelva mediante arbitraje.

Del artículo II.1 de la Convención de Nueva York, podemos desprender la siguiente definición del acuerdo arbitral:

“...acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

Por su parte, el artículo 7.1 de la Ley Modelo de Arbitraje, define al acuerdo arbitral de la siguiente forma:

“El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

Esta definición, a diferencia de la primera, incorpora una mención a las dos especies de acuerdos arbitrales existentes: la cláusula arbitral, contenida dentro de un contrato o convenio y el compromiso o acuerdo arbitral independiente.

Del concepto de acuerdo arbitral podemos desprender los siguientes elementos. Primero, que se trata de un acuerdo, dicho propiamente en términos jurídicos: un acuerdo de voluntades. Esto nos plantea la necesidad de analizar ciertos requisitos o elementos que todo “acuerdo de voluntades” debe de reunir para producir efectos jurídicos.

Segundo, que es un acuerdo por virtud de la cual las partes involucradas deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias. Aquí es menester destacar, en primera instancia, que las partes han decidido recurrir al arbitraje para solucionar sus diferendos, es decir, las partes involucradas, cuando la normatividad aplicable se los permite, deciden eximirse o extraerse de la jurisdicción o competencia de los tribunales estatales para resolver sus controversias mediante un procedimiento privado, ante un tercero neutral que es un particular ajeno a la autoridad estatal.² Uno de los elementos más importantes de la definición, que constituye el objeto mismo del acuerdo arbitral, es la determinación de la o las controversias que se resolverán en el arbitraje. Aquí baste señalar que se trata de una controversia o disputa entre partes que sea susceptible de ser sometida a arbitraje conforme a la normatividad aplicable.

Tercero, se refiere a controversias que hayan surgido o puedan surgir entre dos o más partes respecto de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual. Aquí vale la pena destacar la posibilidad de arbitrar tanto controversias derivadas de relaciones jurídicas contractuales como extracontractuales.

B. Importancia

El papel que juega el acuerdo arbitral en un arbitraje es esencial, de tal manera que si aquel no existe, el arbitraje no podría llevarse a cabo.

El acuerdo arbitral es el punto de partida del procedimiento arbitral, organiza el marco jurídico para la regulación del litigio y constituye, por tanto, la piedra angular del arbitraje.

Como apuntamos anteriormente, el acuerdo arbitral es la voluntad de las partes a someterse a un arbitraje y, debido a la naturaleza contractual del arbitraje comercial, es precisamente esa voluntad la que permite que se inicie y tenga lugar un procedimiento arbitral.

La autonomía de la voluntad tiene, sin lugar a dudas, una importancia fundamental puesto que las partes interesadas en la solución de un conflicto tienen la libertad de elegir someterse a un arbitraje y, por lo tanto, la libertad de escoger, entre otros, el lugar del arbitraje, las normas que deban regir dicho arbitraje y la legislación aplicable al fondo. Una vez expresada la voluntad de las partes en los términos requeridos por la legislación aplicable, el acuerdo arbitral será vinculativo para las partes.

C. Elementos materiales del Acuerdo Arbitral

El acuerdo arbitral es un acto jurídico, es decir, es el acuerdo de voluntades por virtud del cual se genera la obligación de someterse a un procedimiento arbitral para la solución de una o varias controversias y se renuncia a la jurisdicción ordinaria como forma de resolver dichas disputas. Como todo acto jurídico, el acuerdo arbitral tiene elementos de existencia y requisitos de validez³, sin embargo, al ser el arbitraje un régimen de excepción a la jurisdicción estatal, dichos elementos y requisitos difieren en cierta medida de los demás actos jurídicos.⁴ No es

² El artículo 2(a) de la Ley Modelo de Arbitraje señala que, para efectos de dicha ley: “‘arbitraje’ significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”. Por su parte, la segunda fracción del artículo 1416 del Código de Comercio de México (el cual recoge, casi en su integridad, las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje) señala: “Para los efectos del presente título se entenderá por (...) Arbitraje: cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.”

³ Vid. Blackaby Nigel, David Lindsey, y Alessandro Spinillo, *International Arbitration in Latin America*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 202; pág. 162.

⁴ Por lo que hace a México, por ejemplo, a los acuerdos arbitrales sujetos a Derecho Mexicano les sería aplicable la teoría del acto jurídico bajo el derecho civil mexicano y, adicionalmente, otros dos cuerpos normativos: la Convención de Nueva York y el Código de Comercio. Coincidimos con el Dr. Francisco González de Cossío en que estas disposiciones adicionales establecen un régimen que en cierta medida traslapan y en otra modifican en régimen tradicional del acto jurídico. Vid. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Editorial Porrúa, 2004, primera edición, pág. 67.

menester realizar un análisis detallado de todos estos elementos, por lo que nos avocaremos únicamente a mencionar aquellos elementos que tienen una estrecha relación con la incorporación por referencia.

De manera uniforme, la doctrina reconoce que el acuerdo arbitral es tanto contenido como forma. Para efectos del presente estudio nombraremos a estos dos elementos del acuerdo arbitral como requisitos materiales, distinguiéndolos de los demás requisitos accesorios o accidentales.

Dentro de los requisitos materiales que debe reunir un acuerdo arbitral, el criterio sostenido por las diversas legislaciones locales no es necesariamente uniforme. Sin embargo, muchas de ellas coinciden en que es necesario que el acuerdo arbitral conste por escrito y que en él se haga referencia a las controversias que serán resueltas por esta vía, es decir, en términos jurídicos, el acuerdo arbitral deberá contar por escrito y tener un objeto.⁵

En la teoría general del acto jurídico, los elementos de existencia del mismo son la voluntad (o el consentimiento para los actos bilaterales), el objeto y, en casos muy contados, la solemnidad; dejando a la “forma” del acto como un requisito de validez.

El consentimiento, como elemento de existencia del acto jurídico, es el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Según el derecho de las obligaciones, existen varias formas de manifestar el consentimiento, particularmente en forma escrita o verbal.

No obstante lo anterior, la legislación en materia de arbitraje comercial establece disposiciones distintas respecto de la forma⁶, el contenido y el alcance del acuerdo arbitral (acuerdo de voluntades), mismas que se analizarán a continuación.

Es necesario recordar que el acuerdo arbitral tiene su origen y su justificación en la voluntad para contratar. Dicha voluntad, como en cualquier otro negocio jurídico, deberá ser exteriorizada de una u otra manera, de tal forma que bajo el principio de pacta sunt servanda las partes se obliguen a someterse a un arbitraje a efectos de solucionar una controversia determinada, presente o futura, respecto de una relación jurídica preexistente.⁷

Conforme a la Convención de Nueva York, la voluntad respecto de dicho acuerdo arbitral deberá ser expresada de forma escrita, firmada por las partes o deberá constar en cartas o telegramas.⁸ En el caso concreto de la Convención de Nueva York en el artículo II párrafo 2, al respecto se establece:

“Artículo II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el **acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

⁵ Esta interpretación fue reiterada recientemente después de un largo debate sostenido en la CNUDMI y en sus grupos de trabajo con motivo de la modificación llevada a cabo al artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje y la recomendación acerca de la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York.

⁶ La “forma”, a través de la historia, ha pasado de ser un elemento de existencia de los actos jurídicos a ser un requisito de validez. En Roma un derecho, por naturaleza formal, existía en la manera en que estuviere presente la forma. En la actualidad la forma se ha convertido en un elemento accidental o de validez. No obstante, como se verá más adelante, conforme a la legislación actual del arbitraje comercial, la forma juega un papel muy importante respecto a la validez y ejecutoriedad del acuerdo arbitral.

⁷ González de Cossio, Francisco, Manual de Arbitraje Comercial, “Ejecución de Laudos Arbitrales”, México, Editorial Porrúa, 2004, pág. 167.

⁸ El problema fundamental de la exigencia de la forma en el acuerdo arbitral, es que las partes dejen constancia escrita del sometimiento al arbitraje, para evitar problemas en la ejecución del laudo. En la Convención de Nueva York una de las causas por las que se permite al Tribunal competente abstenerse de reconocer y ejecutar el laudo es justamente por la invalidez del acuerdo arbitral. El artículo V de la Convención establece: “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si la parte prueba...a)...que dicho acuerdo no es válido...”, he aquí la importancia de un acuerdo arbitral válido y la importancia probatoria del mismo.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

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

[Énfasis añadido]

En la Convención de Nueva York se plantea una doble regla material⁹: en primer lugar, que el acuerdo conste por escrito y en segundo lugar, lo que debe entenderse por tal.¹⁰ Según la mayoría de la doctrina, la exigencia de la forma escrita está impuesta para evitar un litigio relativo a la existencia misma del acuerdo, su finalidad es meramente probatoria de la existencia de dicho acuerdo para el caso en el que no se cumpla el laudo de manera espontánea.¹¹

Por su parte, originalmente el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje señalaba lo siguiente respecto de la forma del acuerdo arbitral:

"2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. **La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.**"

[Énfasis añadido]

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó las nuevas disposiciones modelo sobre arbitraje comercial internacional dictadas por la CNUDMI (que constituyen las primeras reformas a la Ley Modelo de Arbitraje desde su aprobación en 1985) en su sesión plenaria celebrada en junio de 2006 en la ciudad de Nueva York. Estas nuevas disposiciones modifican, entre otros, el segundo párrafo artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje para quedar como sigue¹²:

"Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1. ...
2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

⁹ Santos Balandro, Rubén, Arbitraje Comercial Internacional, México, Perezniето Editores, 1997, segunda edición, pág. 61.

¹⁰ Independientemente de la discusión que ha surgido acerca de su "naturaleza" o "consecuencias" jurídicas, recientemente la CNUDMI emitió una recomendación relativa a la interpretación al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York estableciendo que las circunstancias ahí establecidas para entender al acuerdo arbitral "por escrito" no son exhaustivas.

¹¹ Es decir, la determinación de si existe consentimiento o no es una cuestión de fondo, mientras que la determinación de si el consentimiento fue expresado de conformidad con los requisitos de validez es una cuestión de forma.

¹² En su 32º periodo de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la CNUDMI consideró que había llegado el momento de, entre otras cosas, evaluar si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para mejorar el régimen legal y los reglamentos y prácticas de trabajo. La CNUDMI encomendó esta labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que habrían de examinarse serían el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, enunciado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje. En la primer propuesta de modificación se omitió del todo el requisito de la forma escrita. No obstante, después de un largo debate, se decidió dejar a la forma escrita como requisito de validez del acuerdo arbitral y simplemente aclarar lo que se entendería por el término "por escrito", abarcando o incluyendo medios de comunicación modernos.

3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. El requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.
6. **La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”**¹³

[Énfasis añadido]

Como puede observarse, esta disposición, sigue la misma doble regla material de la Convención de Nueva York pero, a diferencia de ésta desde sus orígenes incluye expresamente a la incorporación por referencia como una de las formas en que deberá entenderse que el acuerdo arbitral consta por escrito. Esta inclusión responde a la intención de los creadores de la Ley Modelo de Arbitraje de flexibilizar, agilizar y fomentar la utilización del arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias.¹⁴

Por su parte el artículo 1423 del Código de Comercio mexicano, siguiendo el texto original del segundo párrafo del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje, dispone lo siguiente:

“Capítulo II

Acuerdo de arbitraje

Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”¹⁵

¹³Artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional A/61/17. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

¹⁴ Valga mencionar por ahora que la incorporación por referencia en este tema es un instrumento muy útil para subsanar un acuerdo arbitral incompleto, al incorporar por referencia un documento en el cual se establezcan estos otros aspectos del acuerdo arbitral, de manera detallada y clara, y puede ayudar ahorrar a las partes tiempo y agilizar el arbitraje y al mismo tiempo puede evitar la existencia de nuevos conflictos.

¹⁵ El Código de Comercio de México en materia de arbitraje comercial ha tenido dos reformas en los últimos diez años, la primera es de 1989 y la segunda es de 1993, es precisamente en esta última reforma en donde el legislador incluye el texto del artículo 1423, la aceptación del uso de otros medios como el fax para el acuerdo arbitral, se da debido al uso generalizado de estos medios en esta época en México.

Nótese como este artículo, de la misma forma que la Ley Modelo de Arbitraje, dispone que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito y que la se entenderá como tal: (i) el intercambio de comunicaciones (incluyendo las comunicaciones electrónicas); (ii) el intercambio de escritos (demanda y contestación); y (iii) la incorporación por referencia.

Conforme a los preceptos analizados, no obstante la tendencia a convertir el acuerdo en un acto consensual, hoy en día el acuerdo arbitral es un acto formal¹⁶ que implica que conste por escrito, independientemente de los distintos supuestos en los que debemos entender a un acuerdo arbitral escrito.

Por último, existen otros aspectos accidentales del acuerdo arbitral como lo son: el nombre y domicilio de las partes, los árbitros, el lugar del arbitraje, la ley aplicable al procedimiento, la ley aplicable al fondo, la clase o tipo de arbitraje, entre otros, que al ser plasmados de forma clara y sencilla en el acuerdo arbitral evitan la posibilidad del surgimiento de un nuevo conflicto.¹⁷

III. La Incorporación por Referencia

A Definición

La incorporación por referencia es un instrumento jurídico por virtud del cual un documento se convierte parte de otro simplemente por la mera referencia a aquél.

La incorporación por referencia es un instrumento útil para los Estados como para los particulares. A los Estados les ayuda a cumplir con su función legislativa de una manera mas eficiente, ya que al mismo tiempo de facilitar y agilizar el proceso legislativo, evitan el conflicto de normas (o las también llamadas antinomias), ya que por medio de la incorporación por referencia en leyes generales pueden regular a través de este medio situaciones específicas descritas con mayor detalle en otras leyes especiales. La misma utilidad se presenta para los particulares al momento de celebrar un contrato sin importar la naturaleza de este, ni la materia sobre la que verse.¹⁸

El texto referido, una vez incorporado por referencia, se vuelve completa y legalmente parte del texto al que fue incorporado. Es decir, las obligaciones y derechos contenidos en el documento referido se convierten parte del propio documento en donde se contiene dicha incorporación.

Es importante distinguir la “referencia” de la “incorporación por referencia”. En la primera se hace referencia a algún documento pero no se hace parte del cuerpo de derechos y obligaciones que rige la relación jurídica determinada. En la incorporación por referencia, por el contrario, el hacer referencia a un instrumento o a parte de él trae aparejado su incorporación al documento, es decir, el instrumento (o parte del instrumento) referido llega a ser parte del documento en el que se hace la referencia.¹⁹

¹⁶ Aquí es importante no perder de vista la siguiente distinción: la determinación de si existe consentimiento o no es una cuestión de fondo, mientras que la determinación de si el consentimiento fue expresado de conformidad con los requisitos de validez es una cuestión de forma.

¹⁷ La Convención de Nueva York establece a la forma por escrito y al objeto del arbitraje como requisitos materiales, sin hacer mención a los demás aspectos de un acuerdo arbitral. En el artículo II(1) se establece que: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo **por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje **todas las diferencias o ciertas diferencias** que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica...” [Énfasis añadido].

¹⁸ La figura de la incorporación por referencia ha sido incorporada a otros instrumentos internacionales, tales como La Ley Modelo de la CNUDMI en materia de Contratación Electrónica.

¹⁹ Al respecto, González de Cossio distingue entre dos tipos de referencias generales y especiales. Entendiendo que primeras como la sola mención incorporar un documento que contiene la cláusula arbitral a otro y las segundas como la mención de la referencia, el deseo de convertir dicha referencia en parte del contrato y la mención de que en dicho texto se encuentra la cláusula arbitral. Vid. González de Cossio, Francisco, Arbitraje, Op cit., pág. 67.

Por último, aquí también vale la pena distinguir entre una incorporación por referencia general o específica. Es general cuando se incorpora todo el documento al cual se hace referencia, y específica cuando solamente se incorpora parte o partes del documento al que se dirige dicha referencia.

B La incorporación por referencia en materia arbitral

La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo de arbitraje, siempre que en dicho contrato conste por escrito y la referencia implique expresamente que esa cláusula forma parte del contrato.

En materia de mercantil siempre se ha buscado una mayor agilidad en las operaciones, así como también una economía de recursos, ya sea de tiempo, económicos o de otra clase, por ello, es que la incorporación por referencia implica una herramienta jurídica útil para conseguir estos fines. En el arbitraje de la misma manera se busca la simplificación de medios, por lo que utilizar la incorporación por referencia facilita y agiliza la sujeción de las partes involucradas a un procedimiento arbitral.

El principio de la autonomía del acuerdo arbitral respecto del contrato subyacente, no implica obstáculo alguno para la validez de un acuerdo arbitral incorporado por referencia, por el contrario.²⁰

Para un adecuado análisis de esta figura en materia arbitral, se hará referencia a dos instrumentos internacionales como lo son la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de Arbitraje, así como al Código de Comercio Mexicano.

a. La Convención de Nueva York

El párrafo segundo del artículo II de la Convención de Nueva York dispone:

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contra o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas...".

Como podemos observar la Convención de Nueva York no contempla esta figura, es decir, no incluye la incorporación por referencia como manera de sujetarse a un acuerdo arbitral²¹, por lo que el estudio de la incorporación por referencia a la luz de la Convención de Nueva York, se torna complicado. Como se señaló en apartados anteriores, es importante mencionar que recientemente la CNUDMI emitió una recomendación a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York en el sentido de que se dicho artículo "se aplique reconociendo que las circunstancias que describe [que determinan qué puede entenderse por la expresión "acuerdo por escrito"] no son exhaustivas.

Con ello se pretendió, en cierta forma, dar cabida a la incorporación por referencia junto con otros supuestos, para flexibilizar esta formalidad derivada de la Convención de Nueva York, sin necesidad de modificar dicha disposición, y evitar contradicciones ocurridas en la práctica.

b. La Ley Modelo de Arbitraje y el Código de Comercio de México

Al analizar los elementos materiales del acuerdo arbitral, se transcribieron el párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje y el artículo 1423 del Código de Comercio, por lo que para evitar repeticiones innecesarias se

²⁰ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard Y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, La Haya/Londres/Boston, Edit. Kluwer Law International, 1999, pág. 272.

²¹ Otro instrumento internacional de vital importancia para México, así como para otros Estados en Latinoamérica, es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975 (también conocida como la Convención de Panamá). El artículo primero de la Convención de Panamá prácticamente reproduce lo señalado en el segundo párrafo del artículo II de la Convención de Nueva York, por lo que no contempla tampoco a la "incorporación por referencia".

suplica al lector remitirse a dicho apartado. Ambas disposiciones prevén expresamente la utilización de la incorporación por referencia al momento de pactar un acuerdo de arbitraje.

De la redacción de las disposiciones mencionadas es importante destacar dos cosas: (i) se trata de una verdadera incorporación por referencia y no de una mera referencia (esto se desprende de la parte final de dicho párrafo, “siempre que dicha referencia **implique** que esa cláusula forma parte del contrato”); y (ii) por su redacción se desprende que para que tenga efectos legales la incorporación por referencia, a la luz de estas disposiciones, es necesario que se exprese de forma clara la voluntad de las partes para someterse al acuerdo arbitral contenido en otro documento y, asimismo, que se exprese el deseo de las partes de tener como parte del contrato la cláusula referida.

Aquí es importante recordar y resaltar los dos tipos de incorporaciones por referencia, la general a un contrato o documento como tal y una especial a una parte de un documento (e.g. una cláusula arbitral). Es importante hacer esta diferenciación ya que pudieran derivar consecuencias distintas de cada una de ellas.

Esta diferencia entre referencias generales o especiales ha polarizado en cierta forma discusión en la doctrina. Por un lado, aquéllos que interpretan restrictivamente el supuesto legal, señalan que al ser el arbitraje un régimen de excepción, la referencia debe implicar expresamente a la cláusula arbitral, es decir, es necesaria una referencia específica. Por otro lado, aquéllos que pugnan por una interpretación general del supuesto jurídico señalando, entre otros argumentos, (i) que la interpretación restrictiva es claramente proteccionista y no hay razón para adoptar esta interpretación al tratarse de derecho mercantil, y (ii) que una interpretación general es más compatible con los usos mercantiles, no importando si dicha referencia implica como tal el acuerdo arbitral, debido a que la incorporación por referencia pretende agilizar y simplificar la sujeción a otro documento.²²

Al analizar el segundo párrafo de la versión original del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje, Albert Van den Berg distingue las siguientes cuatro hipótesis: (i) si las condiciones generales incorporadas por referencia, que incluyen la cláusula arbitral, están al reverso del contrato, será suficiente la referencia general; (ii) si las condiciones generales que incluyen la cláusula arbitral están anexadas al contrato, la referencia general es suficiente; (iii) si las condiciones generales que incluyen la cláusula arbitral, por el contrario, constan en un documento por separado, será necesario contar con una referencia específica a la cláusula arbitral; y (iv) por último, el cuarto supuesto contempla que las partes se encuentren ante una relación comercial continuada en donde las condiciones generales que incluyen la cláusula arbitral ya sean conocidas por ambas partes, bastará con una referencia general.²³

La existencia y contenido de un acuerdo arbitral incorporado por referencia deben ser interpretados usando los principios generales de interpretación en materia arbitral y no guiarse meramente por una interpretación extensiva o restrictiva de la referencia. En todo caso debiera analizarse caso por caso y resolverse en consecuencia.²⁴

La incorporación por referencia en materia arbitral, a nuestro parecer, debe cumplir con ciertos requisitos para que logre plenamente sus efectos legales:

1. La incorporación por referencia debe constar por escrito;
2. El documento que se incorpora por referencia también debe constar por escrito²⁵ (tomando en cuenta lo que por esto debe entenderse según las nuevas disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje);

²² Vid. González de Cossio, Francisco, Arbitraje, Op cit, pág. 68.

²³ Van den Berg, Albert Jan, The New York Convention of 1958 towards a uniform judicial interpretation, The Hague, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, págs. 215 a 222.

²⁴ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard Y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Op cit., pág. 278.

²⁵ Idem, pág. 273.

3. Debe expresarse la voluntad de las partes para incorporar el documento de referencia, procurando, en la medida de lo posible, hacer referencia expresa a la cláusula compromisoria²⁶;
4. De la misma manera consideramos importante que el documento de referencia sea accesible o, por lo menos, que haya sido accesible para las partes al momento de llevar a cabo la referencia.

La jurisprudencia internacional más importantes en cuanto a la forma de manifestar la voluntad o acuerdo de voluntades en un acuerdo arbitral y específicamente sobre la incorporación por referencia en materia de arbitraje, a la luz del artículo II de la Convención de Nueva York, son (i) el caso de *Bomar Oil vs Etap* resuelto en la Corte de Casación Francesa, que interpretó restrictivamente y (ii) el caso *Tardas vs Amoco* resuelto en el Tribunal Suizo en 1984, en el cual se reconoció la validez de una referencia general como forma de someterse a un arbitraje, considerándose dicho acuerdo como válido, bajo la justificación de que dicho acuerdo cumplía con la forma exigida.²⁷

Hasta donde tenemos conocimiento, todavía no se han emitido más precedentes internacionales con motivo de las nuevas disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje, ni tampoco se ha emitido en México interpretación alguna en materia de incorporación por referencia en materia arbitral.

a. La Incorporación por referencia en materia arbitral en la práctica

Si bien no dejamos de reconocer las ventajas de la incorporación por referencia como una herramienta útil en varias operaciones mercantiles²⁸, en la experiencia del autor²⁹ esta figura no ha tenido el impacto o la utilización práctica que se pensó al incorporarla en el texto original de la Ley Modelo de Arbitraje. Desde nuestro punto de vista, ello se debe, entre otros argumentos fundamentalmente prácticos, a dos situaciones: (i) al hecho de que dicho supuesto no fue contemplado en la Convención de Nueva York; y (ii) en su desafortunada redacción que originó cierta polarización en la poca doctrina internacional que ha escrito sobre esta figura, así como la existencia de precedentes contradictorios en la práctica internacional.

Como quedó asentado párrafos arriba, la incorporación por referencia no fue contemplada originalmente en la Convención de Nueva York. Fueron los redactores de la Ley Modelo de Arbitraje quienes, en un afán de flexibilizar el requisito de forma escrita del acuerdo arbitral impuesto por la misma Convención de Nueva York, añadieron a esta figura como otro de los supuestos en los que se entendería que se cumple con el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito.

Este hecho no es cosa menor, ya que como se comentó al principio de este estudio, la Convención de Nueva York ha sido adoptada e incorporada en los sistemas legales de más de 140 países (en las que, independientemente de las variantes que presenta cada sistema o Estado en particular, dicha Convención forma parte de su derecho vigente y por lo tanto es y debe ser aplicada en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros), y ha fungido como el marco de referencia de un sinnúmero de legislaciones domésticas en materia arbitral.

Lo anterior crea el siguiente problema: pudiera no brindarse el reconocimiento y ejecución de un laudo o sentencia arbitral dictada en el extranjero, respecto de un arbitraje al que se llegó mediante la adopción de una cláusula o acuerdo arbitral por el sistema de incorporación por referencia, si el Estado en el que se intenta la ejecución forma

²⁶ No queremos con esta recomendación dar la impresión de tener una interpretación restrictiva o contraria a los usos mercantiles, sino simplemente advertir de la ventaja que implica hacer una referencia específica a la cláusula arbitral para evitar problemas de interpretación posteriores.

²⁷ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard Y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Op cit., pág. 274.

²⁸ E inclusive en otras disciplinas distintas a las del Derecho Mercantil.

²⁹ En los más de 25 años de experiencia en temas de arbitraje internacional no se ha tenido contacto con esta figura, ni como árbitro, ni como abogado de parte, ni en la asesoría para la redacción de cláusulas y acuerdos arbitrales.

parte de la Convención de Nueva York. Lo anterior bajo el argumento que no se cuenta con uno de los requisitos sine qua non para otorgar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (que el acuerdo arbitral conste por escrito), aplicando una interpretación restrictiva del artículo II.2) de la Convención de Nueva York, mismo que no contempla a la incorporación por referencia como uno de los supuestos para considerar a un acuerdo arbitral como otorgado por escrito.³⁰

Lo anterior se hace más patente en sistemas legales en los que los tratados internacionales están por encima de la legislación ordinaria en la pirámide normativa o en aquellos en los que rige el principio de interpretación legal por el cual cuando existe una contradicción entre dos ordenamientos legales de la misma jerarquía, se debe aplicar la norma especial sobre la norma general (en este caso aplicaría como norma especial el procedimiento de reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo arbitral extranjero establecido en la Convención de Nueva York, en lugar del procedimiento que, aunque más flexible, contemplara la ley de arbitraje de un determinado país).

Lo anterior, entre otras cosas, originó que la CNUDMI encomendara a uno de sus Grupos de Trabajo la tarea de analizar una posible modificación al artículo II.2) de la Convención de Nueva York. Por razones prácticas se llegó a la conclusión de que una reforma a dicha Convención no sería conveniente y, como se mencionó en apartados anteriores, la CNUDMI emitió una “recomendación a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York” en el sentido de que se dicho artículo “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe [que determinan qué puede entenderse por la expresión “acuerdo por escrito”] no son exhaustivas” y, por lo tanto, pueda considerarse a la incorporación por referencia como uno de dichos supuestos.

Por otro lado, la redacción del supuesto que contempla a la incorporación por referencia en la Ley Modelo de Arbitraje (desde su redacción original ya que el mismo que no fue modificado en las recientes reformas a la Ley Modelo) es, desde nuestro punto de vista poco afortunado y ha originado interpretaciones diversas en la doctrina internacional.

El texto de la Ley Modelo de Arbitraje, que también ha sido la base sobre la cual se han emitido una cantidad importante de las leyes arbitrales de distintos países, requiere que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo por escrito, **“siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”**. Ya se ha comentado en apartados anteriores que la interpretación acerca de lo que significa “implique” ha sido diversa (y en ocasiones contradictoria) en la poca doctrina que existe al respecto.

Lo anterior origina que la utilidad que representa la incorporación por referencia, se vea afectada por la “especificidad” que la Ley Modelo de Arbitraje requiere se tenga en una cláusula de incorporación de este tipo, debiendo hacer referencia no sólo a el documento que contenga una cláusula compromisoria, sino también a dicha cláusula en específico. Lo anterior, ha convertido a la incorporación por referencia como una figura “poco práctica” para convenir un acuerdo arbitral. Es mejor y más práctico entonces, pactar una cláusula arbitral sencilla (como lo son la gran mayoría de las cláusulas modelo de las principales instituciones administradoras de arbitrajes internacionales y domésticas), que una cláusula de referencia que pueda, además, causar mayores problemas al momento de su interpretación.

La realidad nos ha enseñado que los comerciantes son muy prácticos en sus relaciones jurídico-comerciales y, por otro lado los abogados, sin perder de vista esta practicidad de los comerciales, deben ser cautelosos y evitar potenciales contingencias a sus clientes. Por ello, no es difícil advertir que la incorporación por referencia haya sido poco utilizada en la práctica arbitral.

³⁰ Así fue interpretado en el caso de Bomar Oil vs Etap resuelto por la Corte de Casación Francesa, que interpretó restrictivamente el artículo II.2) de la Convención de Nueva York. Lo anterior sin dejar de reconocer, no obstante, que paulatinamente en los pocos casos recogidos por la jurisprudencia internacional al respecto, ha habido una tendencia a aceptar a la incorporación por referencia en materia arbitral para considerarla como una alternativa para pactar un acuerdo arbitral válido. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard Y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Op cit., pág. 274.

Sin perder de vista lo anterior, consideramos que la reciente recomendación hecha por la CNUDMI respecto de la interpretación del artículo II.2) de la Convención de Nueva York, la poca pero evidente tendencia de la jurisprudencia internacional en reconocer a la incorporación por referencia como una herramienta para pactar un acuerdo arbitral, así como un adecuado uso de esta herramienta en la práctica, pudieran revertir la percepción de esta figura y justificar su existencia en materia arbitral.

IV. Conclusiones

Sin lugar a dudas, la incorporación por referencia en materia arbitral es una herramienta jurídica adecuada que refleja la versatilidad y flexibilidad que debe acompañar a toda institución de Derecho Mercantil, sin dejar de lado los principios de certeza y seguridad jurídica que debe acompañar a cualquier sistema o medio de solución de conflictos comerciales. La incorporación por referencia bien utilizada le permite a las partes involucradas o por involucrarse en una relación jurídica, pactar resolver sus controversias mediante arbitraje en forma eficaz, eficiente, expedita y flexible. Esta conclusión, que no es otra cosa sino la tesis que se pretende sostener en este breve estudio, fue debidamente expuesta y sustentada a lo largo de los apartados que conforman el presente artículo. En virtud de lo anterior, en las líneas siguientes haremos una simple enunciación sintética, en la medida de lo posible, de los resultados de nuestra investigación en el orden en que fueron surgiendo a lo largo de este trabajo:

- a) La Convención de Nueva York, a sus 50 años de existencia se proyecta como el acuerdo internacional más exitoso en materia de arbitraje comercial internacional;
- b) La Convención de Nueva York junto con la Ley Modelo de Arbitraje, constituyen el catalizador más importante para el desarrollo del régimen legal del arbitraje comercial internacional;
- c) El acuerdo arbitral, es decir, el acuerdo de voluntades por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una o varias controversias, sean estas presentes o futuras, se resuelvan mediante un procedimiento arbitral, es el elemento más importante y el requisito sine qua non para acceder al arbitraje.
- d) El acuerdo arbitral, como todo acto jurídico, debe reunir ciertos requisitos para que pueda ser válido y surtir todos sus efectos jurídicos. Al ser el arbitraje comercial un régimen de excepción a la competencia de los tribunales estatales, el acuerdo arbitral tiene ciertos requisitos distintos o adicionales que deben tomarse en consideración para que sea considerado como válido.
- e) En este sentido, no obstante los loables esfuerzos de análisis y discusión
- f) No obstante lo anterior, los loables esfuerzos de análisis, reflexión y discusión en el seno de organizaciones internacionales como la CNUDMI, han tomado en consideración la versatilidad y flexibilidad del comercio actual para adecuar o incorporar ciertas herramientas que faciliten el acceso al arbitraje comercial.
- g) Como resultado de lo anterior, se incluyó a la incorporación por referencia como una herramienta para que las partes involucradas puedan pactar un acuerdo o cláusula arbitral por la referencia hecha a otro documento.
- h) La Convención de Nueva York no contempló en un principio a la figura de la incorporación por referencia, no obstante, debido a los más recientes precedentes jurisprudenciales internacionales y a una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la misma hecha por la CNUDMI, puede contemplarse a la incorporación por referencia como uno de los supuestos en los que se entiende que las partes involucradas han celebrado un acuerdo arbitral por escrito.
- i) La Ley Modelo de Arbitraje, desde su redacción original y hasta la fecha, prevé a la incorporación por referencia como una herramienta para que las partes involucradas puedan pactar un acuerdo arbitral válido, pero requiere de cierta especificidad en la redacción de este tipo de cláusulas. Aún y cuando pueda considerarse válida

una incorporación por referencia general, es importante que las partes involucradas tengan el debido cuidado al momento de llevar a cabo dicha referencia para evitar futuros problemas de interpretación.

j) La falta de regulación de esta figura en la Convención de Nueva York, los requisitos de especificidad que requiere la Ley Modelo de Arbitraje para redactar una cláusula de incorporación por referencia y la experiencia desfavorable de las primeras interpretaciones que se hicieron respecto de esta figura en tribunales ordinarios, han hecho que la incorporación por referencia se poco utilizada en la practica.

k) No obstante lo anterior, la reciente recomendación hecha por la CNUDMI respecto de la interpretación del artículo II.2) de la Convención de Nueva York, la poca pero evidente tendencia de la jurisprudencia internacional en reconocer a la incorporación por referencia como una herramienta para pactar un acuerdo arbitral, así como un adecuado uso de esta herramienta en la práctica, pudieran revertir la percepción de esta figura y justificar su existencia en materia arbitral.

Facultades de los Órganos Jurisdiccionales para Revisar la Actividad Arbitral.*

*Por Lic. Carmen Quijano Decanini, Socia Bufete Quijano. Miembro Comisión Arbitraje ICC México

La finalidad de un laudo arbitral es que sea definitivo e inobjetable. Sin embargo existen diversos supuestos en los que se puede demandar la nulidad del laudo conforme al Código de Comercio y a los tratados internacionales firmados en la materia.¹ En estos supuestos se debe iniciar un procedimiento llamado “incidente de nulidad del laudo arbitral” contra el cual procede el juicio de amparo.

El artículo 1460 del Código de Comercio establece que el procedimiento de nulidad del laudo arbitral se sustanciará incidentalmente de conformidad con las reglas que para esta clase de procedimientos se establecen en el Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, hasta antes de Diciembre de 2007, existían dos criterios respecto de la naturaleza jurídica del procedimiento, uno que sostenía que se trataba de un verdadero juicio y la sentencia que resultare del mismo debía considerarse como una resolución definitiva contra la cuál procedería el juicio de amparo directo y el segundo que consideraba que se trataba de un incidente en contra del cual procedería el juicio de amparo indirecto o bi-instancial.

Después del tan sonado caso Infored en el que los abogados del periodista Gutiérrez Vivo lograron llevar a la Corte este tema para que fuera la más alta autoridad judicial de nuestro país la que se pronunciara al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contradicción de tesis dictó jurisprudencia sobre el tema como lo explicaremos con mayor detalle en este artículo.

1. El caso Infored.

En el año de 2002 se planteó un juicio arbitral en el que Infored y el señor José Gutiérrez Vivó (Monitor) reclamaron de Radio Centro la resolución de un contrato de prestación de servicios de producción de noticieros y programas informativos. Las partes sometieron las controversias relacionadas con dicho contrato a arbitraje conforme a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y acordaron que los árbitros deberían ser expertos en la materia en cuestión. El juicio arbitral se llevó a cabo y a principios de 2004 se emitió el laudo definitivo en que se concedió la razón a Monitor. En consecuencia, Radio Centro planteó un incidente de nulidad del laudo arbitral con base en diversos argumentos, entre los que mencionó que ninguno de los integrantes del tribunal arbitral acreditó ser perito en materia de radio y contable. En noviembre de 2004 se declaró la nulidad del laudo arbitral con el argumento de que, en efecto, los árbitros no acreditaron ser peritos en la materia. Contra esta resolución ambas partes plantearon sendas demandas de amparo indirecto que posteriormente en mayo de 2005 se concedió a Monitor para que se declarara infundado el incidente de nulidad del laudo.

En virtud de que se trataba de un amparo indirecto y este es un juicio bi-instancial, Radio Centro interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia de amparo que dio la razón a Monitor y ésta también planteó a su vez una revisión adhesiva para fortalecer sus argumentos. El tribunal colegiado ante el cual se interpuso el recurso de revisión no entró al fondo del asunto y determinó que debió interponerse un juicio de amparo directo en lugar de un amparo indirecto y dejó sin efectos la sentencia que concedió el amparo a Monitor para hacer valer el laudo arbitral.

¹ Art. 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en de Panamá, Art. 5 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada en Nueva York y artículo 1457 del Código de Comercio.

Cabe destacar que, aunque en ese momento no existía jurisprudencia sobre qué tipo de amparo procedía en contra de las resoluciones dictadas en un incidente de nulidad de laudo arbitral, sí había jurisprudencia que determinaba la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de los acuerdos de homologación y ejecución de laudos arbitrales. Monitor hizo mención de dichos criterios en sus actuaciones pero el tribunal colegiado no tomó en consideración los precedentes que se referían a este procedimiento análogo. El resultado fue la imposibilidad de hacer valer el laudo arbitral.

Lo anterior causó una gran frustración en la comunidad del arbitraje y generó escepticismo en la comunidad de negocios, especialmente porque el caso tuvo gran publicidad debido a que fue un conflicto en la industria de los medios de comunicación y el tribunal arbitral lo conformaron abogados de mucho prestigio y especialistas en materia de arbitraje.

Anular un laudo en estas circunstancias, por razones procesales que no guardaban relación directa con los supuestos de nulidad previstos en los tratados internacionales de la materia era un mal antecedente para nuestro país.

Una vez agotado el amparo, cuando parecía que ya no había otro recurso procesal para ejecutar el laudo arbitral, Monitor acudió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ejercer un recurso legal que la Constitución y las leyes federales dan a todo gobernado cuando un tribunal interpreta directamente preceptos de la Constitución ya que le corresponde a nuestro tribunal supremo fijar el alcance y sentido jurídico de las disposiciones constitucionales.²

Monitor argumentó que el tribunal que dejó sin efectos el amparo interpretó, entre otros preceptos constitucionales, el artículo 107 de nuestra carta magna y determinó en forma inapropiada que los procedimientos de nulidad de un laudo arbitral son verdaderos juicios (que no incidentes) y las sentencias que se dictan en los mismos son resoluciones definitivas.³

La Suprema Corte de Justicia admitió a trámite el recurso porque los criterios jurídicos interpretados eran de especial interés para el medio jurídico nacional e internacional en materia de arbitraje. Era necesario tener seguridad jurídica respecto a los recursos que pueden hacerse valer en México en contra de un laudo privado pero también era necesario enviar un mensaje al poder judicial en general y a la comunidad de negocios en el sentido de que el arbitraje es una institución jurídica eficaz que debe respetarse.

En su sentencia, la Suprema Corte concedió el amparo a Monitor para que se respetara el laudo arbitral. El máximo tribunal de nuestro país sí revisó el fondo del procedimiento de nulidad y determinó que Grupo Radio Centro consintió la conformación del tribunal arbitral durante el arbitraje al no manifestar su inconformidad en dicho proceso, esta situación actualizó la preclusión del derecho correspondiente.⁴

² Art. 107 fracción IX de la Constitución y 83 fracción V de la Ley de Amparo.

³ El artículo 107 constitucional establece que, cuando se reclamen actos de tribunales judiciales procederá el amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio y éste se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda sin admitir recurso de revisión alguno (juicio de amparo directo y de una sola instancia). Asimismo, dicho artículo establece que el amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante los jueces de distrito y si procederá la revisión contra las sentencias que pronuncien en amparo dichos jueces (amparo indirecto o bi-instancial).

⁴ Artículos 11 y 33 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que aplicaron en este caso y el artículo 1420 del Código de Comercio que establece que si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido algún requisito y no exprese su objeción se entenderá renunciado su derecho a impugnar.

Para estar en posibilidad de solicitar la nulidad del laudo con base en la composición del tribunal arbitral, se debió impugnar previamente dicha conformación durante el procedimiento arbitral.

Asimismo, la Suprema Corte determinó que el incidente de nulidad de laudo arbitral representa un acto fuera de juicio, es decir, que se tramitó después de que se llevó a cabo el juicio arbitral, por lo que sólo de manera incidental se puede pedir la nulidad del laudo y por las causas precisas establecidas en dicho ordenamiento.

Aunque este fue un precedente emitido por la Suprema Corte, en el sentido de que procede el amparo indirecto en contra de una resolución dictada en un procedimiento de nulidad de laudo arbitral, aún no era jurisprudencia.

2. Contradicción de Tesis.

El objetivo de una contradicción de tesis es acabar con la inseguridad jurídica que provoca la divergencia de criterios entre órganos jurisdiccionales terminales al resolver sobre un mismo tema jurídico, mediante el establecimiento de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que unifique el criterio que debe observarse en lo subsecuente para la solución de un asunto similar.

A finales del año de 2007 se presentó ante la Suprema Corte una contradicción de tesis para resolver si la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral constituye o no una sentencia definitiva, para los efectos del amparo, y si debido a ello procede el amparo directo, o si por el contrario, procede el amparo indirecto.

Uno de los criterios era que la resolución que pone fin al procedimiento de nulidad del laudo no es una sentencia definitiva contra la cual proceda el amparo en la vía directa puesto que no decidió un juicio en lo principal, entendido este último como el procedimiento que tiene por objeto la satisfacción de un interés legalmente tutelado a través de una decisión judicial. En estos casos, el conflicto principal se resolvió en un procedimiento de carácter privado seguido en forma de juicio denominado arbitraje y el laudo, sin quitarle su naturaleza privada, se equipara a un acto jurisdiccional.

El segundo criterio considera que los incidentes de nulidad son verdaderos juicios principales con una acción distinta a la que originó el proceso arbitral, consistente en declarar la nulidad de un procedimiento. Por esta razón no puede considerarse como una incidencia. Según este criterio, aún cuando el artículo 1460 del Código de Comercio establece que el procedimiento de nulidad de laudos arbitrales se sustanciará en la vía incidental, debe entenderse que se trata de un verdadero juicio por lo que la decisión que en definitiva lo resuelve es reclamable mediante juicio de amparo directo en los términos del artículo 158 de la Ley de Amparo.

En esta contradicción de tesis, la primera sala de la Corte adoptó las consideraciones hechas por el pleno al resolver el amparo del Caso Infored y determinó que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el primer criterio en el sentido de que la resolución de un procedimiento de nulidad de laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva. Se trata de un acto dictado fuera de juicio en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional. Si el laudo arbitral constituye el final de un procedimiento en forma de juicio, la resolución del incidente de nulidad debe considerarse como un acto ejecutado fuera de él.

De conformidad con lo anterior ya hay jurisprudencia de la Corte en el sentido de que procede el juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia que se dicte en un incidente de nulidad de laudo arbitral.⁵

⁵ No. de Registro: 20873, Novena Época, Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Enero de 2008, página 330.

Judicial assistance in international commercial arbitration and the uncitral model law: the english and mexican cases

Luis Ernesto Peón Barriga*

With the formation of the concept of modern state, the activity of resolving disputes arisen among private parties was conferred almost exclusively to National Courts. In the performance of the duties given by their own legal systems, nations around the world have faced significant obstacles to efficiently perform the public duty of administering justice, in the first place, because of the excessive amount of cases brought before the national judiciaries, but also because legal procedures become long and inflexible.

As part of the inevitable phenomenon of globalization and the proliferation of a new era of transnational law, the international commercial community has found in arbitration an adequate alternative to resolve its disputes. Almost in common grounds, in the context of international trade, it has been said that arbitration represents an appealing mechanism for its flexibility, fastness, the eligibility and specialization of the decision makers –arbitrators– and the saving of costs and expenses. More significantly, arbitration has gained its importance in modern commerce, not only because it provides a neutral forum able to construe the relation among the parties of a commercial contract offering any nationalistic advantages, but also because of the facilities provided by the 1958 New York Convention¹, a legal instrument that has contributed to minimize the judicial review of the arbitral awards rendered in arbitral proceedings.

Nevertheless, as arbitration has a private nature –based on a consensual agreement– it lacks the *ius imperii* conferred to national courts to use the public force in order to supervise that its resolutions have been obeyed by the signatories of the arbitral agreement.

In order to fulfil the obligations once acquired by the adoption of the New York Convention, legislatures around the world were compelled to implement modern legal instruments able to provide support and assistance to arbitration. The role of the United Nations Commission on Trade Law (UNCITRAL) in this endeavour has been crucial. Back in the 1970s, the incorporation of the New York Convention, and other international regional ones² provoked a diversity of approaches towards arbitration. In consequence, their application and interpretation had gradually generated a clear disparity in domestic legal instrumentations. Such a circumstance generated concern, as it obviously jeopardized the effectiveness claimed to be obtained by arbitration as a homogeneous mechanism to resolve international commercial disputes. As harmonization voices were raised, a study made by the General Secretary of UNCITRAL³ was the threshold to start working on a proposal reform of the New York Convention. Later on, in the aim to consistently respond to the unifying expectation generated, UNCITRAL focused its efforts in the

* Associate of Mijares, Angoitia, Cortes y Fuentes 2008 (Litigation and Arbitration Practice). Instituto Tecnológico Autonomo de Mexico, 2004 Mexico (Law Degree). University of Sheffield, England 2008 (LLM Comercial Law). This work is an adaptation of the dissertation presented before the University of Sheffield to obtain the degree of Master of Laws, which was marked with distinction by the examiners of such University.

¹ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958 (New York Convention).

² i.e. The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, January 30, 1975 (Panama Convention).

³ See Study on the Application and Interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UN Doc. A/CN.9/168.

elaboration of a model law that would be able to reach such objective.⁴ A final text was adopted on June 1985, while in December of the same year the General Assembly of the United Nations recommended the incorporation of this legal instrument into the legal orders of their Member States.⁵

The model law was meant to be a non-binding instrument written in a friendly understandable language that contemplates all the issues related to the arbitral process. As of today, such an instrument has been a vital achievement contributing to the unification of arbitration laws around the world. While a number of countries use it as a baseline, others have opted to incorporate it almost integrally in their legal orders. It is the case of England⁶ and Mexico, two countries which, although belonging to different legal traditions –common and civil law systems respectively– have become important arbitration seats and attractive investment and commercial centres in their own regions (Europe and Latin America).

England has a long history as a financial key and international trade venue. On common grounds, it is accepted that (a) English is the principal language for international commerce; (b) English Law is often chosen by international parties to govern their transactions as the aim of the whole legal order is to favour the commercial community and its practices⁷; (c) England is a country well-known for its modernized, skilled, experienced legal practitioners, scholars, judges, public and private institutions and arbitrators. In the field of commercial arbitration, England has made significant modifications over the past decade to its arbitration regulations. The enactment of the Arbitration Act 1996 proves the possibility of elaborating a modern piece of legislation, compatible with the basic principles of the model law, but yet with sophisticated features favouring a stronger “non judicial intervention” principle. Additionally England is part of the New York Convention, the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States 1956 (Washington Convention) and a number of multilateral and bilateral investment treaties that provide for international arbitration as the dispute mechanism.

For its part, although the integration of Mexico into the modern international commercial practices has been gradual, it has strengthened in the past decades. This circumstance obeys a number of reasons: (i) Mexico’s incorporation into the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)⁸; (ii) a more active role of Mexico in the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the World Trade Organization (WTO); (iii) the signature of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)⁹ and a variety of others¹⁰; (iv) the signature of bilateral investment treaties (BITs) with countries around the world.¹¹ In the field of private commercial arbitration, Mexico ratified the New York Convention in 1971. It has being part of the Panama Convention since 1978 and in 1993 it incorporated

⁴ A convention would have been subject to a diplomatic conference with the participation of all the members of the Assembly General, while a model law would only serve as a legislative guide line to be followed by the Member States and its text would only require to be approved by UNCITRAL (the Commission).

⁵ For a detailed description of the history of the UNCITRAL Model Law, see Redfern, A. and Hunter, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (1991, 2nd Ed.) pp. 508 et seq. and Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph, E.: *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary* (1989), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands.

⁶ Under the consideration that Wales has the same system of law as England, along in this work, while studying and referring to “England” or the “English” case, it is deemed to be inclusive with the Wales Government. See The Government of Wales Act 1998.

⁷ See Lord Justice Hoffman considerations in *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8)* (1998) AC 214, as he stated, when referring to the role of the English judiciary toward commerce, “... The Courts should be very slow to declare a practice of the commercial community to be conceptually impossible”.

⁸ Official Federal Gazette, Protocol for the accession of Mexico to the General Agreement on Tariffs and Trade, March 25, 1987, Mexico.

⁹ Official Federal Gazette, North American Free Trade Agreement, December 20, 1993, Mexico.

¹⁰ Following NAFTA Mexico has signed Free Trade Agreements with Colombia, Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Chile, The European Union, Israel, Iceland, Norway, Liechtenstein, Switzerland, Uruguay, Japan, Argentina and Brazil. Source: Ministry of Economy (available at: <http://www.economia.gob.mx/?P=2555>). (The names of the countries appear chronologically).

¹¹ To this date 25 BITs principally with European and Asian Countries. Source Ministry of Economy (available at: <http://www.economia.gob.mx/?P=1210>). For a complete description of the legal transformation occurred in Mexico to fit with the trend of global commercial development and investment since the decade of 1970 see Rodríguez González-Valadéz, C., *México ante el arbitraje comercial Internacional*, (1999) Ed. Porrúa, Mexico.

with minor modifications the model law in its Commercial Code and adapted its Federal Code of Civil Procedure to regulate the recognition and execution of commercial arbitral awards.¹²

As privatization of justice in the international commercial community becomes the path to follow in our generation, arbitration laws have become a clear response to delimit the activity of the State among the ordinary transactions of modern merchants. Through the comparative analysis of every single legal scenario of judicial assistance in arbitration (in accordance with the English and Mexican legislation and case law during the arbitral proceedings), it is within the scope of this work to determine the effectiveness of international arbitration as a dispute mechanism in such locations.

This investigation will also analyze if drafting a more sophisticated legal instrument –rather than the plain text of the model law– has represented a good step for consolidating England as a leading arbitration centre.

Moreover, this work intends to illustrate the urge of legislative and judicial evolution in Mexico, through modernization of arbitration regulations, which are key elements to attract commerce and investment.

A study of this nature,¹³ using as a threshold the examination of the principles in which the model law was elaborated with its recent amendments effective as of 2006, in contrast with two relevant regional arbitration jurisdictions (belonging to different legal traditions, with arbitral legislations with their own peculiarities), will measure the real contribution of such countries to the consolidation of this alternative dispute mechanism in the global commercial scenario.

2. Main features of the uncitral model law on international commercial arbitration

The model law is a harmonizing legal instrument with vital significance in the international commercial community. It is not only part of the so-called phenomenon of *lex mercatoria*, but it also represents a historic and material source of law in a significant number of national legal orders.¹⁴ In that sense, the countries that have decided to incorporate it to their legal system, as well as the others that have taken a disjunctive path, must be compelled to use it as an assisting tool of interpretation in their national laws.¹⁵

The model law was elaborated with the main objective of governing international¹⁶ commercial¹⁷ arbitration in the jurisdiction where it is planned to be implemented. Coherent with the concepts contained in the New York Convention, it covers all phases of the arbitral process, namely: the arbitration agreement, the conformation and jurisdiction of the arbitral tribunal and the extent of involvement of courts throughout the arbitral process, including the rendering and enforcement of the award.

¹² See Official Federal Gazette, Reforms and additions to the Commercial Code and the Federal Code of Civil Procedure, July 22, 1993, Mexico.

¹³ Methodological Note: While this study is a comparative analysis, it must be said that do not pretend to be an integral and exhaustive work of compared law. Through the analysis of the legal scenarios of judicial assistance during the arbitral proceeding in both jurisdictions, we are going to be able address the issues suggested as the line of investigation of this paper. The extent of the comparative analysis shall therefore be drawn with a view to establishing the extent of the progress made in this particular field of law in the two jurisdictions selected and their contribution to the international arbitration culture.

¹⁴ Over forty countries to this date. See:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

¹⁵ Under the consideration of E. Gaillard and J. Savage (eds.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (1999), p. 107 “The need to reconcile divergent ideas may have led to certain omissions and complications but, on the whole, the harmonization achieved is satisfactory”. (Available at: www.kluwerarbitration.com).

¹⁶ An arbitration should be deemed to be international, if, “the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States” (article 1 (3) of the model law).

¹⁷ While the model law lacks a definition of the commercial term, it establishes a broad guideline (“open ended list”) for the adopting State to include in its own legal system a number of activities with economic nature –contractual and non-contractual. See footnote in article 1(1) of the model law.

2.1. Principles of Arbitration under the Model Law

The model law has two supreme principles: equality treatment among the parties and party autonomy (the respect of the submission to arbitration: effects and limits). Any other criterion or principle that could serve as a reference to administer arbitration under the model law would derive from them. The purpose of their inclusion into the model law was to align such an instrument with the majority of the constitutional regimes protecting the human right of administration of justice. In consequence, such principles are meant to cover the parties' rights of "due process of law".

2.1.1. Equality

Firstly, "the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case"¹⁸. This principle is based on Article V.1 (b) of the New York Convention providing that, "...[R]ecognition and enforcement of the award may be refused...if... the party against whom the award was made was... unable to present his case."

It is within the powers of the arbitral tribunal to observe the equality principle and find a practical and proportional balance between party autonomy and any type of procedural abuse. Therefore, throughout all the stages that integrate the arbitral proceeding, the equality principle should norm the behavior of the arbitral tribunal. For instance, the equality and the opportunity for a party to present its case should be guaranteed: in setting a deadline, in the conduction of the hearings, in the election of the language that is going to be used along the arbitration proceeding.

The arbitral tribunal is supposed to conduct the proceedings without imposing additional requirements or limitations to the presentation of the parties' case, other than the reasonable ones, in accordance with the nature of the dispute. Equality should be observed very carefully, especially in matters related to taking of evidence. In order to be able to give both parties the same treatment in the presentation of their cases, the arbitral tribunal has to pay a special attention when it comes to the admission of evidence. The denial of admitting evidence without any justification could be interpreted as a restriction to the right for an integral and essential defense.¹⁹ A similar scenario would be faced if the arbitral tribunal forbids to a party the presentation of final statements on a hearing or reduces the time to present them without any reasoning.²⁰ The same rule applies if the arbitral tribunal imposes an extraordinary burden of proof to one of the parties,²¹ or even, if it denies the postponing of a hearing, upon the proven sickness of a relevant witness.²²

Regardless of the fulfillment of the formal requirements, the clear ineptitude of the arbitral tribunal upon the nature of the dispute to be resolved or, the disorganization of the arbitral proceedings (to the extent that the parties had been unable to present their cases adequately)²³ would constitute a violation to this principle.

These are just examples of situations taken from the international case law, illustrating possible acts or omissions of the arbitral tribunal, that could generate procedural violations, whose more important consequence could imply the setting aside of the award.

¹⁸ Article 18 of the model law.

¹⁹ Year Book Commercial Arbitration, XII, (1985), Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 175.

²⁰ See op.cit. 19, p. 130.

²¹ See ibid, p. 143-144.

²² See Born, G. International Commercial Arbitration in the United States (1994), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, pp. 547-555.

²³ See op. cit. 5, p, 560.

While the equality treatment and the full opportunity to present their cases concepts are treated as imperative matters in the model law, it is convenient to point out that a number of institutional rules of arbitration expressly cover both of them. Such is the case of the American Arbitration Association (AAA)²⁴, International Chamber of Commerce (ICC)²⁵ and the London Court of International Arbitration (LCIA).²⁶

Finally, as the model law contemplates scenarios beyond the sphere of duties and control of the arbitral tribunal,²⁷ the principle of equality –including the full opportunity for the parties to present their cases– is presumed to be granted by the state court assisting the process.²⁸ In other words, the equality principle foreseen in the model law is extensive only to the behavior of the arbitral tribunal towards the parties.

2.1.2. Party Autonomy

Party autonomy is the verge of arbitration. Such a principle was unanimously agreed to be contained in the model law.²⁹ In consequence: a) the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings;³⁰ b) the arbitral tribunal shall conduct the arbitration in a way it considers it appropriate.³¹

The party autonomy principle foreseen in the model law is consistent with article V (1) d of the New York Convention, which establishes that the recognition and enforcement of a foreign arbitral award may be refused if, “the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties”. The most representative arbitration institutions approach to this principle in a very comprehensive way.³²

2.1.2.1. Limitations on Party Autonomy

Under the model law, party autonomy and the powers attributed to the arbitral tribunal to organize and administer the arbitral proceedings have the following limitations:

2.1.2.1.a) Equality

As explained, in any case during the proceeding, the arbitral tribunal should not give any kind of advantages or privileges to one of the contending parties.³³

²⁴ See article 16.1.

²⁵ See article 15.2.

²⁶ See article 14.

²⁷ Activities that do not form part of the arbitral proceeding, but rather exist as supportive mechanisms to arbitration (i.e. judicial assistance applications to the court).

²⁸ See op. cit. 5, pp. 552-553.

²⁹ In a very illustrative way, the Commission agreed that, “... probably the most important principle on which the model law should be based is the freedom of the parties in order to facilitate the proper functioning of international commercial arbitration according to their expectations.” See UN Doc. A/CN.9/207, paragraph 17.

³⁰ Article 19 (1) of the model law.

³¹ Article 19 (2) of the model law.

³² See article 15 (1) of the ICC Rules: “The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the rules, and where these rules are silent, any rules which the parties or failing them,, the arbitral tribunal, may settle...”, and Article 14 (1) of the LCIA Rules: “The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings, and they are encouraged to do so...”.

³³ See supra Equality 2.1.1.

2.1.2.1.b) Public Policy and Mandatory Rules of the Lex Fori (Seat of Arbitration)

The arbitral tribunal should observe the mandatory rules and the public policy of the state in which the arbitration is held. Under this category, it should be imperative to provide the parties with a fair hearing, but also to carry out the arbitral proceedings in consistency with the legal order chosen by the parties as the seat of arbitration (the so-called *lex fori*).³⁴

Based on article II.1 and V.2 (a) of the New York Convention, the Model Law clearly establishes that controversies that are not “capable of settlement by arbitration”³⁵ are beyond its material scope of application.

2.1.2.1.c) Third Parties’ Rights

Following the principle of *res inter alios acta*³⁶, neither the arbitral tribunal, nor the arbitral agreement can directly affect rights of other persons that are not parties in the dispute arisen from the contractual relationship.³⁷

This limitation to party autonomy has substantive and procedural effects. For instance, the arbitral award cannot hold responsible a person who has not submitted himself to the arbitral agreement. Moreover, the arbitral tribunal lacks power to compel a third party to produce documents or even to act as a witness.³⁸ Consequently, in such cases, the Courts’ assistance will be required.

2.1.3. Minimal Judicial Assistance

Under the model law, national courts are meant to play a supportive role, in order to avoid interference with the arbitration process itself. This minimalist approach to judicial intervention embraces the following principles:

2.1.3.1. Territoriality

A number of important jurisdictional implications are derived from the seat or place of arbitration.³⁹ As explained by Redfern and others⁴⁰, “[I]n an international commercial arbitration, the proceedings are under the general supervision of the national law of the country in which the arbitration has its seat.”

Consequently, the significance of such a concept was not underestimated in the elaboration of the model law. Accordingly, Article 1(2) of the Model Law applies only if the place of arbitration is located in the territory of the state of the court deciding the issue.

³⁴ It corresponds to each state to determine the matters that could be subject to arbitration. For a complete perspective on arbitrability and its relation to public policy, See Redfern, A. and Hunter, M. Blackaby, N. and Partasides, C. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (2007, 4th Ed), London, Sweet and Maxwell, p. 163.

³⁵ See Articles 34 (2) (b) (i) and 36 (1) (b) (i) of the model law.

³⁶ Latin expression used to illustrate that agreements only bound those who enter into them. Only those who expressed their will in the arbitration agreement are compelled to fulfil the obligations derived from it. For an integral study of this concept see, De la Peza, José, *De las Obligaciones*, (2006, 4th Ed.), Porrúa, Mexico.

³⁷ The exceptions to this general rule will be followed generally by the courts assistance, in order to protect the general interest.

³⁸ See op. cit. 34, p. 319.

³⁹ It is interesting to note that among relevant arbitration legal instruments there is not uniformity with respect of these terms. For instance, the New York Convention alludes to the places “where the arbitration took place” -Article V(1)(d)- and “where the award was made” -Article V(1)(a)-. The Panama Convention refers in Article 5(1)(a) to the “law of the State in which the decision was made”. The approach adopted by the model law (article 20) is to allow the parties to freely choose the place of arbitration. The choice of the seat of arbitration is covered by the main important institutional arbitration rules. Case law allows to consider that the seat of arbitration should be deemed as “a strictly legal concept dependent on the will of the parties”. See Court of Appeal of Paris, 28 October 1997, *Société Procédés de préfabrication pour le béton v. Lybie*, *Revue de l’arbitrage*, 1998, at 399, notes Bruno Laurent. Both concepts should be understood as synonyms, to the extent that they refer to the juridical place of arbitration, according to the model law.

⁴⁰ See *ibid*, p. 324.

The exceptions to such a principle are contained in: (a) articles 8 (1) and 9, provisions related with the recognition of arbitration agreement; (b) the reformed article 17 paragraph J, H and I on the compatibility, recognition and enforcement of interim measures and preliminary orders; and finally, (c) in articles 35 and 36 regarding the recognition and enforcement of the arbitral awards. In these specific topics, the Model Law is meant to have a universal scope of application.

2.1.3.2. Restricted Scenarios of Judicial Assistance

The main purpose of article 5 of the model law is delimiting the extent of courts' intervention in arbitration. It provides that, "in matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law." Whereas judicial assistance in arbitration has a restrictive nature, a court will only be able to intervene in the arbitral proceedings exclusively in the exceptional cases foreseen in the model law. Article 5 has to be harmonically interpreted with article 1(2) of the Model Law. In that sense, it only applies if the place of arbitration is located in the territory of the state of the court deciding the issue (territoriality principle).

The limitation to the courts' intervention is consistent with the party autonomy principle (parties had expressed their will to submit themselves to an arbitral agreement, and it corresponds to the arbitral tribunal to conduct the proceedings and resolve the dispute). Arbitration is meant to be an expeditious procedure and unjustified court interference will only diminish the advantages claimed to be found in this alternative mechanism.

These are the scenarios, with their respective articles in the model law, regulating Judicial Assistance in Arbitration:

- Reference Parties to Arbitration (8)⁴¹.
- Enforcement of the Arbitral Clause: Challenges to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (16).⁴²
- Designation of Arbitrators (11 and 15).
- Challenge of Arbitrators (12 and 13).
- Interim measures and Preliminary Orders (17)⁴³.
- Assistance in the Taking of Evidence (27).
- Setting Aside, Recognition and Enforcement of the Arbitral Award (34, 35 and 36).

2.1.4. Recent Amendments to the Model Law

The most recent amendments to the model law in 2006 were adopted in order to modernize concepts such as the form of the arbitration agreement⁴⁴ in accordance with technological developments and new practices of international trade.

The second major reform was made to the regulation of interim measures and preliminary orders. Taking into consideration the importance that interim measures have gained with respect to the effectiveness of Arbitration, a

⁴¹ Article 8(2) allows the introduction or the continuation of arbitral proceedings in spite of pending judicial proceedings in a state court (lis alibi pendens).

⁴² Subject to further analysis, is worth mentioning that this article includes relevant figures of international commercial arbitration such as the kompetenz/kompetenz principle (the competence of the arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction), and the separability doctrine, referring to the autonomy of the arbitral agreement from the rest of the Contract.

⁴³ As amended in 2006.

⁴⁴ Article 7, related to the form of the arbitration agreement was based on the terminology used in article II (2) of the New York Convention, which required to an arbitration agreement to be in writing. Following the trend and similar vocabulary as the one established by the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and the 2005 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, the reformed version of article 7 allows that the agreement to arbitrate may be entered into any form, even orally, whilst the content of such an agreement is recorded. Under the revised version of the Model Law, it is no longer a requirement for the validity of the agreement the signature of the parties or the exchange of messages between them

whole new and more integral regulation was made to such a figure. The set of new rules are contained in a new Chapter (IV A, Article 17), providing an innovative treatment to an enforcement regime.

3. The role of the courts in assisting the arbitral tribunal: the comparative analysis

Three fundamental elements entail the meaning of jurisdiction:⁴⁵ (1) *cognitio*: the power to know about a certain dispute; (2) *dictum*: the power to resolve it; (3) *imperium*: the power to enforce it.⁴⁶

The jurisdictional authority granted to a national court is: (a) permanent, as the state shall guarantee it; (b) obligatory, as it is imposed to the parties; (c) public, as anyone is entitled to have access to it. On the contrary, the jurisdictional authority of an arbitral tribunal is: (a) temporary, as once the arbitral award is rendered, its powers are concluded; (b) optional: it can only exist upon the agreement of the parties; (c) private: it can only affect those who, being legally capable, agree to submit a controversy to arbitration.⁴⁷

While the discussion of the role of national courts in arbitration still generates debate, they are meant to play at least two paramount roles in Arbitration: (i) to guarantee the proper conduction of the arbitral proceeding and assist the arbitration process itself, cooperating with this mechanism when it requires enforceability ; (ii) to control the activity, in order to verify that the arbitral proceedings are not conducted against a certain jurisdiction's public policy and beyond the agreement, legal capacity or knowledge of the parties.

However, a number of issues can be raised upon the role that national courts should have in regard to arbitration. A recent interpretation of the model law tends to illustrate the need of a clearer path to follow with respect to the extent of judicial assistance in the catalogue of legal scenarios of courts' intervention in commercial arbitration.⁴⁸

In order to be able to unravel the details of this symbiotic relationship and, provided that a general view of the model law has been studied, it would be interesting to make the comparative analysis which constitutes the conducting line of investigation of this work.

3.1. England

3.1.1. Legal Framework of Arbitration

England has a general system of law principally based on courts' decisions universally identified as common law,⁴⁹ whose main source of arbitration is the Arbitration Act 1996 (the Act). Such a piece of legislation was enacted with the purpose of removing partial, intrusive⁵⁰ and rather defective arbitration law⁵¹, and implementing a more comprehensive and modern regulation with respect to arbitration.⁵²

⁴⁵ Jurisdiction: the authority of applying the law. (from the latin: JU (S) – DICARE). See Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano (1998) Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México.

⁴⁶ Ovalle Favela, J. *Teoría General del Proceso* (1997), Harla, Mexico, p. 16.

⁴⁷ See *op.cit.* 11, p. 107.

⁴⁸ See Beraudo, J. Case Law on Articles 5, 8, and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law, (2008) *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 No. 1, pp. 101-113.

⁴⁹ While statutes (acts of the parliament) are meant to regulate specific fields, application of law is deducted primarily from judicial precedents. For a study of the foundations of English common law see Smith, Bailey & Gunn *Modern English Legal System* (2002), Sweet and Maxwell, London.

⁵⁰ "[T]he long tradition of arbitration in England was founded on legislation that gave the English courts broad powers to intervene in the conduct of arbitration proceedings and the revision of arbitral awards". See E. Gaillard and J. Savage (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, (1999), Kluwer, p. 63.

⁵¹ It was removed from English Law: part I of the Arbitration Act 1950, the Arbitration Act 1975, the Arbitration Act 1979 and the Consumer Arbitration Agreement Act 1988.

⁵² England did not adopt the model law. In 1989 the Departmental Advisory Committee on Arbitration, chaired by Lord Mustill, deemed not compatible the Model Law with English Law. Rather, he suggested the drafting of a clear and innovative legislation, compatible with the

The territorial scope of application of the Act is England, Wales and Northern Ireland.⁵³ However, a number of provisions (i.e. stay of court proceedings commenced in breach of an arbitration agreement⁵⁴) are meant to be applied, regardless of the fact that the seat of arbitration is not located in those countries or that no seat has been designated by the parties. Materially, it applies to international and domestic disputes.

The Act embraces the following principles⁵⁵:

- A) The object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;
- B) The parties should be free to agree on the way their disputes will be resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest; and
- C) The court should not intervene, except if specifically provided by the Act.⁵⁶

Under the Act, both the arbitral tribunal and the parties are compelled to ensure that the arbitration is conducted fairly, expeditiously and economically.⁵⁷ A major feature of the Act is the identification of mandatory and non-mandatory rules. With respect to the later, they apply in the absence of agreement by the parties.⁵⁸ Following article 28 of the model law, the Act has introduced a statutory rule for determining the law applicable to the merits of the dispute.⁵⁹ The Act has also reversed the ruling held at *Hiscox v. Outhwaite*⁶⁰, an arbitration case conducted in England, but whose award was signed and dated by the arbitrator in Paris. The place in which the award was made is relevant to the extent that the New York Convention provides that an award may be refused on the basis that the arbitration agreement was not valid "under the law of the country where the award was made".⁶¹ The new regulation overcomes any irregularity that could be derived from the interpretation given by the House of Lords in that regard.⁶²

3.1.2. Procedural Approach to Judicial Assistance

The Civil Procedure Rules (CPR)⁶³ regulates any application to court related to arbitration matters. The competent jurisdictional instance to hear the application is the High Court, and parties have the right to appeal to the Court of Appeal and the House of Lords.

terminology and foundations of the model law, but rather more comprehensive. See: Department of Trade and Industry, *A New Arbitration Act: The response of the Departmental Advisory Committee to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration* (1989), See also: Steyn, J. *Towards a New English Arbitration Act* (1991), 7 *Arb. Int'l* 17, Goode, R. *The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration* (1992), 8 *Arb. Int'l* 1.

⁵³ Scotland has its own Arbitration Law, which follows the model law.

⁵⁴ Section 2.

⁵⁵ Court decisions under English Arbitration has paramount significance, not only because they are means of interpretation and application of the 1996 Act, but also because they address issues not foreseen by such a piece of legislation. See Hill, J. *Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996* (1997), *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 46, No. 2, p. 275.

⁵⁶ See Section 1. The Act tends to be friendly with the model law, but rather more emphatic in order to avoid delay, expenses and disruptions in the proceedings.

⁵⁷ Section 33 regulates the duties of the arbitral tribunal, Section 34 the ones of the parties. See also Section 4 (1). It is interesting to remark, that the Act has a broader scope of coverage with respect of the equality principle than the one provided by the model law.

⁵⁸ See Section 4.

⁵⁹ In the absence of choice of law of the parties, the arbitral tribunal must apply the law which must be determined by the appropriate conflict rules. See Section 46.

⁶⁰ [1992] 1. A.C. 562 (HL).

⁶¹ Article V.1 (a) and Article 36 (1) (a) (i) of the model law.

⁶² Section 100(2)(b) provides that, to determine whether or not an award is a New York Convention award for the purposes of Part III of the 1996 Act, "an award shall be treated as made at the seat of the arbitration, regardless of where it was signed, dispatched or delivered to any of the parties".

⁶³ Pt 62 and PD 62. Available at:

www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part62.htm.

3.1.3. Legal Scenarios of Judicial Assistance

3.1.3.1. Obligation to Refer Parties to Arbitration

According to Section 9 of the Act, if asked by a party to an arbitration agreement, a court must stay a court action if satisfied that a valid arbitration agreement exists. The court has power to determine whether the arbitral agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

English courts have the power to enforce arbitration agreements by issuing an anti-suit injunction⁶⁴ against the party pursuing litigation somewhere else.⁶⁵ A number of conditions have to be satisfied, in order to grant a court order of such a nature:⁶⁶

- a) The court must have jurisdictional powers under Section 37 of the Supreme Court Act (SCA)⁶⁷;
- b) The injunction sought must be compatible with the scheme of the Act⁶⁸; and
- c) The circumstances of the case must be considered by the court to grant the injunction (court's discretionary powers).

A recent decision⁶⁹ seems to overcome the discussion of whether the anti-suit injunctions are compatible with the non-interventionist principle contained in the Act. The decision clearly allows the granting of an anti-suit injunction during the arbitral proceeding, or even after the arbitral award has already been delivered. Thus, it is still arguable that English courts are entitled to issue an anti-suit injunction against a party that has started court proceedings in another member state of the European Union (EU). The House of Lords in the *West Tankers*⁷⁰ case dealt with the compatibility of anti-suit injunctions with the provisions of the EC Council Regulation 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (EU Regulation) and referred the issue to the European Court of Justice. Lord Hoffman deemed that arbitration is expressly beyond the scope of the EU Regulation⁷¹, and that the principles on which it was drafted are not compatible with such a mechanism, "in which the status and governing law are generally chosen by the parties on grounds of neutrality, availability of legal services and the unobtrusive effectiveness of the supervising jurisdiction."⁷²

⁶⁴An anti-suit injunction is a typical common law means of restraining a party from bringing proceedings in a particular forum in breach of agreement. For an important reference to study the nature of an anti suit injunction See, Morris, J., Maclean, D. and Beevers, K. *The Conflict of Laws*, (2005), 6th. Ed., Sweet and Maxwell, London, Ch. 5.

⁶⁵ The injunction will normally be granted only to protect English arbitration proceedings. See *Glencore International AG v Exeter Shipping Limited* [2002] EWCA Civ 528, per Rix J.

⁶⁶ See *Elektrim SA v Vivendi Universal SA* [2007], EWHC 11 (Comm). While English Courts certainly have powers to grant an anti-suit injunction, it is convenient to note that such powers will be executed only in truly exceptional circumstances. See Angenieux, P. *Anti-arbitration injunctions restraining arbitrations subject to the Arbitration Act 1996* (2007), Int. A.L.R. 2007,10 (4), 139-144.

⁶⁷ Under S. 37 of the SCA the grounds for granting an anti-arbitration injunction are given the case in which the arbitration either (i) infringes a legal or a equitable right of the applicant; or (ii) is vexatious or oppressive.

⁶⁸ Section 1(c) of the Act provides that the Courts, "should not intervene except as provided by" such a legal instrument. On the other hand, Section 81 (1) of the act states that: "nothing in this Part shall be construed as excluding the operation of any rule of law consistent with the provisions of this Part". In appearance then, the principle of non-intervention of the courts beyond the instances foreseen expressly in the Act is a "statutory warning" rather than a strict obligation, and that in accordance with Section 81 (1) it is possible for the courts to use powers derived from other rules of law. See, op. cit. Angenieux, at 144.

⁶⁹ *Noble Assurance Company and Shell Petroleum Inc. v Gerling-Konzern General Insurance Company* [2007] EWHC 253 (Comm) [2007] 1 C.L.C

⁷⁰ [2007] UKHL 4, [2007] 1 Lloyd's Rep 391.

⁷¹ Article 1(2)(d) of the EU Regulation.

⁷² Per Lord Hoffmann, at paragraph 12.

3.1.3.2. Enforcement of the Arbitral Clause (Determining the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal)

The Act embraces the kompetenz-kompetenz principle. Section 30 provides that, unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction (the scope of this section includes: (i) the powers of the arbitral tribunal to determine the validity of the arbitration agreement; (ii) the proper constitution of the arbitral tribunal and; (iii) the compatibility of the matters submitted to arbitration, with the arbitration agreement).

According to Section 31(1), an objection related to the tribunal's lack of substantive jurisdiction must be made no later than the time the objecting party takes the first step in the proceedings to contest the merits. In consistency with Section 67, in order to be able to challenge an award of the tribunal in its substantive jurisdiction, an application shall be made to the court.

However, it is interesting to note that parties have an alternative scenario. Under Section 32, they have a right to apply to the court (instead of the arbitral tribunal) to determine any matter related to the substantive jurisdiction of the tribunal, only if all the parties of the arbitration agree or the tribunal gives its permission.

The recent decision on *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v Privalov & Ors*⁷³ shows English courts' strong interest to support arbitration. This case has contributed to clarify the relation between sections 9 and 72⁷⁴ of the Act. It confirms in a consistent way the separability principle, whose most important implication is to deem the arbitration clause autonomous from the contract in which it is included. Moreover, the decision establishes that it may be subject to the jurisdiction of an arbitral tribunal, allegations of bribery.⁷⁵

The conclusive ideas of Shine expose the English approach to the protection of arbitral agreements in such a jurisdiction, "[I]n the development of the law in this area the principle of support for arbitration and the recognition of commercial realities and business expectations will clearly be important and decisive factors in maintaining the efficiency of the arbitral system, retaining the confidence of its users and ensuring its continued success as a preferred method of resolution for commercial disputes."⁷⁶

3.1.3.3. Designation, Challenge and Removal of Arbitrators

If there is no agreement on the number of arbitrators, the tribunal shall be comprised of a sole arbitrator.⁷⁷ Section 18 provides for a default procedure for the appointment of arbitrators: parties are entitled to instruct the court with respect to any necessary appointment. The court has the power to direct that the arbitral tribunal will be constituted by such appointments as may have been made or revoke any of them. The court can make any necessary appointments but never beyond the arbitral agreement.

Section 24 of the Act regulates as a mandatory rule the power of the court to remove an arbitrator. The grounds for removal of an arbitrator are:

⁷³ [2007] EWCA Civ 20. The case is related to a dispute related to a number of charterparty contracts alleged to be procured by bribery.

⁷⁴ Saving for rights of person who takes no part in proceedings.

⁷⁵ A number of interesting articles were written related to this case. See: Grant, T. *International arbitration and English courts (2007)* I.C.L.Q. 2007, 56(4), 871-884; Shine, P. *Establishing jurisdiction in commercial disputes: arbitral autonomy and the principle of kompetenz-kompetenz* J.B.L. 2008, 3, 202-225.

⁷⁶ *Ibid* at 225.

⁷⁷ Section 15.

- a) The existence of circumstances that give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality.⁷⁸ *Magill v Porter*⁷⁹ contributed to set out the partiality or bias test in accordance with Section 24(1), holding, "...[t]o be the same as the test under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights, namely whether a fair minded and informed observer having considered the facts would conclude that there was a real possibility that the arbitrator was biased...";⁸⁰
- b) The arbitrators' lack of qualifications required by the arbitration agreement;⁸¹
- c) The arbitrators' physical or mental incapability to conduct the proceedings, or the existence of justifiable doubts as to his or her capacity to do so;
- d) The arbitrators' failure or refusal to: (i) properly conduct the proceedings, or; (ii) use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making the award.

Any of those actions or omissions of the arbitral tribunal must cause a substantial injustice to the applicant, upon the perspective of Section 33, which provides the general duties of the arbitrator. The applicant is required to make his objections promptly⁸² and exhaust any available recourse existing from the institution or the person vested with powers to remove an arbitrator.⁸³ The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court is pending.⁸⁴

3.1.3.4. Interim Measures

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal has the power to order interim measures in order to: (a) request a claimant to provide security for costs⁸⁵; (b) give directions to any party for the inspection, photocopying or preservation of the property by the tribunal, an expert or a party, or; (c) order the party to preserve evidence for the proceedings.⁸⁶

Under Section 39, parties are allowed to empower the arbitral tribunal to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award (including provisional order for the payment of money, security for costs of the arbitration or the disposition of property among the parties). It is convenient to note that both Sections 38 and 39 are non-mandatory rules.

⁷⁸ It is interesting to note that Section 24 (1) (a) only requires from the arbitrator impartiality, but not independence (in contrast with the Model Law that provides for both). The lack of independence should only be cause for concern if it gives rise to justifiable doubts about impartiality, and that a requirement of complete independence would give rise to vexatious challenges. See Departmental Advisory Committee Report, paragraphs 101-104). For an interesting perspective on the English approach, see Shivani S., *Independence and impartiality of arbitrators* (2008) *Int. A.L.R.* 2008, 11(3), 124-132.

⁷⁹ [2002] UKHL67.

⁸⁰ [2002] H.R.L.R. 16 at 452.

⁸¹ Section 24 (1) (b).

⁸² Section 73(1).

⁸³ Section 24 (2).

⁸⁴ Section 24 (3).

⁸⁵ Security for costs is only granted in very restricted circumstances (i.e. if the financial position of one of the parties changes dramatically since the commencement of the arbitration and prevails during the proceedings. See *Wegen, G. and Wilske, S. (eds.) Getting the deal through: Arbitration 2008. England and Wales*. Available at: www.globalcompetitionreview.com. In *Gater Assets v Nak Naftogaz Ukrainiy* (2007) EWCA Civ 988 the Court of Appeal dealt with a matter of substance and procedure related to applications for security for costs in proceedings to enforce New York Convention arbitration awards and held that security of costs should not be awarded against a claimant seeking enforcement of such awards, under the consideration that the requirement to furnish security would impose substantially more onerous conditions, in breach of Article III of the New York Convention .

⁸⁶ Section 38. The Courts are likely to grant such measures more significantly in case of urgency. See, *Cetelem SA v Roust Holdings Ltd* (2005) EWCA Civ. 618.

3.1.3.5. Taking of Evidence

A party may use the same court procedures as are available in relation to legal proceedings to secure the attendance before the tribunal of a witness in order to give an oral testimony or to produce documents or other material evidence.⁸⁷

Any application in this legal scenario would require that the arbitral proceedings are conducted in England and that the witness is situated in the United Kingdom⁸⁸. The parties are able to request the issuance of a witnesses' summons in a clear and precise way, to the extent that it allows the witness to exactly identify the documents being requested or the conduct he is compelled to perform.⁸⁹

English courts will not allow wide applications for 'classes of documents'. Rather, they would permit only applications for the production of specific identified documents.⁹⁰

3.2. México

3.2.1. Legal Framework of Arbitration

Mexico has a constitutional, republican, democratic, representative and federal legal system⁹¹ that embraces the foundations of Roman-Germanic legal families⁹², whose most significant legacy was the codification of the law. Mexico's legal system relies on three different governmental powers: executive, legislative and judicial, and three different layers of territorial scope of application of laws: federal, local and municipal. In Mexico, the regulation of commercial activities is the competence of the Federal Congress, while each State keeps its competence to legislate over civil and procedural codes.⁹³

The basic sources of private international commercial arbitration law in Mexico⁹⁴ are contained in:

- (i) International legal instruments: The New York Convention⁹⁵ and the Panama Convention.⁹⁶
- (ii) National laws: The Mexican Commercial Code ("the Code") incorporates the model law with slight modifications into the legal order.⁹⁷ Applications to the Courts to request recognition, enforcement or the setting aside of an arbitral award are regulated by the Federal Code of Civil Procedure (FCCP).⁹⁸

⁸⁷ Section 43. Such requests have to be made with permission of the arbitral tribunal or with the agreement of all of the parties to the arbitration.

⁸⁸ See Shepard, A. in Rowley, J. (Ed) *Arbitration World: Jurisdictional comparisons* (2 ed. 2006), European Layer Reference, London, p 73.

⁸⁹ See *Tajik Aluminium v Hydro Aluminium AS and Others* (2005) EWCA 1218 a case dealing with the requirements of the form of a witness summons issued pursuant to section 43 the Act. The witness summons must make clear to the witness what is required of him. In that sense, it must identify the documents to be produced with sufficient certainty to leave no real doubt in the mind of the witness about what he or she is required to do.

⁹⁰ See [BNP Paribas v Deloitte & Touche LLP \[2003\] EWHC 2874; \[2004\] 1 Lloyds Rep. 233](#).

⁹¹ See article 40 of the Political Constitution of the United Mexican States (Mexican Constitution).

⁹² For a perspective upon the foundations and historic background of the Mexican legal system see Floris Margadant, G. *Introducción a la historia del derecho mexicano* (1971), Porrúa, Mexico.

⁹³ It is important to note however, that Federal Branch has its own Civil and Procedural Code, whose material scope of application is related to federal matters (See Article 18 of the Federal Code of Civil Procedure).

⁹⁴ A number of other international legal instruments contain provisions related to Arbitration that for the purposes of this work are not going to be subject to analysis as they are instruments that govern legal relations between States or States and investors.

⁹⁵ Material scope of application: commercial arbitral awards "made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought".

⁹⁶ Material scope of application: recognition and enforcement of commercial arbitration agreements and awards in international commercial transactions just between persons from member countries of the Organization of American States (OAS).

⁹⁷ See Book V, title IV of the Code.

⁹⁸ See articles 1460 and 1463 of the Code.

(iii) Court precedents: Articles 14 and 16 of the Mexican Constitution provide for the due process of law individual guarantees that should be granted to every person in the Mexican territory. Among such guarantees, one that has a paramount relevance to the subject matter of this study is that in civil –including commercial– trials, the final resolution made by any court should be based and reasoned according to the letter of law or to its interpretation. The interpretation of law by Federal courts generates jurisprudential precedents which, the judiciary powers of every State is obliged to observe, according to the following requirements:⁹⁹ A) By court precedent: the case in question must turn on decisions by the Supreme Court or by the Collegiate Circuit Courts in matters of their exclusive jurisdiction. In order to become binding, the federal judicial bodies must uphold the same uninterrupted interpretation in five judgments of an equivalent nature.¹⁰⁰ B) Unification of interpretation: it arises when two or more Collegiate Circuit Courts within or from different circuits have different resolutions over the same question. Consequently, the Supreme Court decides the prevailing interpretation.¹⁰¹ Finally, courts are allowed to apply general legal principles.

(iv) The rules of *lex mercatorum*: The arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction (article 1445 of the Code).

3.2.2. Procedural Approach to Judicial Assistance

Article 1422 of the Code regulates the Courts' competence, establishing that, "[W]hen judicial intervention is required the first instance federal or state judge of the place of arbitration shall have jurisdiction." While the proceedings related to recognition, enforcement and setting aside of the award, are procedurally ruled by article 360 of the FCCP (incidental proceeding),¹⁰² the legislator omitted to establish which procedural rules must be applied to the other Judicial Assistance applications related to arbitration to the Court.¹⁰³ The solution –given by scholars– is that those proceedings are meant to be governed by the incidental procedural rules of the Code for ordinary commercial trials.¹⁰⁴

It remains uncertain whether parties are entitled to challenge the resolution adopted by the Courts by ordinary means in judicial assistance to arbitration proceedings other than the ones related to enforcement, recognition or setting aside the arbitral award.¹⁰⁵ In any case, parties are allowed to challenge all of them by Constitutional proceedings upon violations of individual guarantees.¹⁰⁶

⁹⁹ According to the nature of the disputes that can arise from the interpretation of the Code and the contending parties that can be involved in private arbitration-court related proceedings, this work only focuses on two figures of formation of jurisprudential precedents: a) By Confirmation and b) Unification of interpretations. Binding jurisprudential precedents also can arise from unconstitutionality actions and constitutional disputes where state organs are parties. The study of such controversies is beyond the scope of this work.

¹⁰⁰ Articles 192 and 193 of Amparo Law. See also, Supreme Court of Justice of the Nation, Court Precedent: Its formation Mexico, Federal Judicial Diary, Ninth Period, 2005, Mexico.

¹⁰¹ See *ibid*, p. 31.

¹⁰² According to the FCCP an incidental proceeding is an accessory procedural matter of the principal controversy.

¹⁰³ The lack of clear applicable procedural rules for judicial assistance applications to the Court has been deeply criticized among scholars. See Loperena, C. and González de Cossio, El procedimiento arbitral, and Zamora Etcharen, R. Apoyo judicial al arbitraje, in Azar Manzur, C. (Ed.) Manual de Arbitraje Comercial (2004).

¹⁰⁴ See article 1054 of the Code.

¹⁰⁵ Article 1463 of the Code establishes that the final judgment of a proceeding for recognition and enforcement of arbitral awards cannot be challenged by any ordinary appeal. However the Code is silent with respect of other judicial assistance to arbitration proceedings. Clear rules are provided for the designation of arbitrators (see article 1427) and Courts reference to arbitration (1432) establishing that the resolution in that regard is not subject to an ordinary appeal.

¹⁰⁶ For a critic in this regard see Rodríguez Guerrero, O. The Arbitration Review of the Americas: Mexico (2008), Global Arbitration Review, available at: <http://www.globalarbitrationreview.com/>.

3.2.3. Legal Scenarios of Judicial Assistance

3.2.3.1. Obligation to Refer Parties to Arbitration

Article 1424 of the Code requires that: “[T]he judge before whom an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, when requested by a party, refer the parties to arbitration unless he finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”¹⁰⁷

According to the Mexican law, an arbitration agreement means: “the agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.”¹⁰⁸ The arbitration agreement has to be written, and it could be contained in an arbitration clause of a contract or in the form of a separate agreement.¹⁰⁹

Both articles are based on the New York Convention (article II) and they represent a mechanism which ensures that the will of the parties to submit a matter to arbitration is going to be respected. The interpretation and application of these provisions must be made harmonically with article 1432 of the Code, which establishes that the arbitral tribunal may rule in its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. This article contains the kompetenz/kompetenz principle that protects the autonomy of the arbitral agreement.¹¹⁰

An interesting peculiarity must be highlighted in regard to the form that the Mexican legislator adopted this article of the Model Law. The Code omitted to establish that a party should request the reference to arbitration, “not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute”¹¹¹ before the court. It appears that this unfortunate discrepancy with the Model law erroneously allows a party to exercise his rights without a time frame limitation.¹¹² Certainly, courts should be compelled to construe article 1424 in accordance with article 8 of the model law.

Finally, the resolution that a Court shall make when referring parties to arbitration has a declarative nature. It does not imply that the Court will actually send the judicial file to the arbitral tribunal.¹¹³

3.2.3.2 Enforcement of the Arbitral Clause (Determining the jurisdiction of the Arbitral Tribunal)

According to article 1432 of the Code, it is the arbitral tribunal who has the competence to determine its own jurisdiction. However courts are entitled to verify the material scope of such a decision.¹¹⁴

If the arbitral tribunal decides upon its own jurisdiction, parties have the right to challenge such judgment before the court within the next thirty days following its notification. The decision that the court holds in this regard is not subject

¹⁰⁷ The term null and void should be applied to arbitral agreements that were originally biased. Inoperative, the posterior lost of legal effects of the arbitral agreement. And the incapability of performance implies that for factual reasons, not legal ones, it becomes impossible to fulfill the obligations contained in the arbitral agreement. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, pp. 91-97.

¹⁰⁸ Article 1416 (I) of the Code.

¹⁰⁹ The Code has not updated the recent amendments adopted by the model law in 2006.

The principle of separability of the arbitral agreement, allows the arbitral agreement to conduct the arbitral proceedings, regardless of any application questioning the validity, operability or effectiveness of the contractual relationship or the arbitral agreement itself.

¹¹¹ Article 8 of the model law.

¹¹² For a concurrent point of view, see Graham Tapia, L. *La remisión judicial de un litigio al arbitraje* (2004), in *Diagnóstico y Propuesta sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, Themis, México.

¹¹³ See op. cit. 103, Zamora Etcharen, p. 137.

¹¹⁴ See Hermann, Gerold, *The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by Courts* (1993) ICCA Bahrain Arbitration Conference, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 48. According to his ideas, the arbitral tribunal is the first “authority” empowered to rule with respect of its jurisdiction (“first shot”). Later on, the court would be able to exercise powers of supervision and control (“second shot”).

to ordinary challenges. In order to avoid dilatory conducts of the parties while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

The arbitral tribunal's jurisdiction is based on the content of the arbitral agreement and the arbitrability of the dispute. Consequently, there are two possible objections that can be raised against the jurisdictional powers of the arbitral tribunal: it can be argued that: (a) the dispute to be resolved is not part, or goes beyond the arbitral agreement and; (b) that the nature of the dispute can not be subjected to arbitration, as expressly forbidden by law¹¹⁵ or because it interferes with third parties' rights.

A recent case infamously confused the obligation to refer parties to arbitration (courts' power) with the arbitral tribunal's competence to rule in its own jurisdiction. In order to unify contradictory criteria held by two Federal Collegiate Courts, the Supreme Court of Justice established as a binding court precedent that it is under the courts' power to decide over the arbitral tribunal's jurisdiction.¹¹⁶ The rationale provided by the Supreme Court is based on the following considerations: (a) the arbitral agreement is a private act where the parties renounce their subjective rights; (b) they gave the arbitrator the power to resolve matters related to the existence and validity of the principal agreement; (3) Such a general rule has an exception, which is precisely the application to declare null and void the arbitral agreement, not the principal one. In such a case, the court is the competent authority to resolve the matter.

The new binding precedent violates the real intention of the kompetenz/kompetenz principle and the non-interventionist one embraced by the model law, but rather more alarmingly, the express terminology of article 1432 of the Code.

3.2.3.3. Designation, Challenge and Removal of Arbitrators

The parties are free to agree on a procedure of appointing and removing the arbitrators. The model law only applies in the absence of agreement of the parties. Where, under an appointment procedure agreed by the parties, a party fails to act as required under such a procedure, or the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such a procedure, or a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such a procedure, any party may request the judge to take the necessary measures, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment. A decision on a matter entrusted to the judge shall not be subject to appeal (See article 1427 of the Code).

Challenge and removal of arbitrators are governed by articles 1429 and 1430 of the Code. The grounds to challenge an arbitrator concern his or her impartiality or independence, or lack of qualifications agreed to in the arbitration agreement. The challenge should be requested in writing to the arbitral tribunal itself. If the arbitral tribunal rejects the challenge, the applicant party has 30 days to appeal a judicial decision with respect to the matter. The decision shall not be subject to appeal. Upon an arbitrator's factual or legal incapability to perform his duties, parties may agree on his removal. If such an agreement fails, either party may apply to the court. The replacement shall follow the same procedure than the original appointment.

¹¹⁵ According to Mexican law, matters related to: criminal liability, agrarian law, family law and civil status law, personal and commercial insolvency, labor disputes, territorial resources and waters within Mexican territory and resources within the exclusive economic zone of the sea cannot be resolved by arbitration.

¹¹⁶ See Jurisprudential precedent: Commercial Arbitration. Competence to resolve the nullity action of the arbitral agreement foreseen in the first paragraph of article 1424 of the Commercial Code corresponds to the judge and not to the arbitral tribunal 12

al. Contradiction 51/2005, Supreme Court Justice of the Nation's first chamber, January 11, 2006.

3.2.3.4. Interim Measures

In Mexico, courts and arbitral tribunals have concurrent competence to order interim measures. Although there is an existing arbitration agreement, the parties may, before or during arbitral proceedings, request a judge to take an interim measure of protection (Article 1425). The request for interim measures before a judicial authority does not imply a party's waiver to the arbitration.

The Code is silent with respect to the procedural form in which the parties should exercise their rights to request interim measures. Another important deficiency derives from article 1433 of the Code, which provides that: "[U]nless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as is necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure."

The text is coherent with the model law and seems to empower both the arbitral tribunal and the courts to order a diversity of interim measures necessary to protect the subject matter of the dispute. The Mexican legislator was not careful enough to adapt this reference to the model law, with the catalog of interim measures that can be ordered by Mexican courts. According to article 1168 of the Code (concerning commercial disputes), interim measures are only limited to restraining orders against persons and the attachment of goods.

This discrepancy has generated many debates on whether the interim measures catalogued in the Code for ordinary commercial disputes are also applicable to arbitration. Respected scholars have argued that, as arbitration legislation is based on the model law, it should therefore be based on international, rather than domestic practice.¹¹⁷ This position still remains untested by the courts.

It must be noted that Mexico has not kept tracks of the amendments recently adopted by UNCITRAL in 2006, with respect to the order of interim measures and preliminary orders. The incorporation of a model instrument necessarily implies keeping tracks of its evolution and improvement. Mexican legislators should be aware of such a circumstance, and: (a) adapt the Code in accordance with the new regulation of interim measures in the model law; (b) adapt the contents of the Code in order to be consistent with the model law, and avoid discrepancies.

3.2.3.5. Taking Evidence

According to article 1444 of the Code, the arbitral tribunal, or a party with the approval of the arbitral tribunal, may request from a judge his assistance in the taking of evidence.

This judicial assistance to arbitration shall occur at the request of the arbitral tribunal or of one of the parties, but only with the approval of the arbitral tribunal in the latter case.

The arbitral tribunal is responsible for determining the admissibility, relevance and weight of the evidence.¹¹⁸ No further comment deserves this legal scenario, as the Mexican case law in this regard is very poor.

¹¹⁷ See Von Wobeser, C. Mexico Rowley, J. in *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons* (2006, 2nd Ed) European Lawyer Reference, London, p. 213.

¹¹⁸ Article 1435 the Code establishes that: "... [T]he power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence."

4. Conclusions

4.1. For England

A number of issues¹¹⁹ can still be raised upon the circumstances, role and approach that the application of other rules (such as the ones contained in the CPR) should have in the legal scenarios of judicial assistance in order to protect the non interventionist principle of the Act. The pending resolution of the ECJ, which is derived from the *West Tankers* case (anti-suit injunctions to be granted within the EU and the scope of application of the EU regulation in arbitration proceedings), will have a paramount meaning, as it will affect England's character as attractive seat of arbitration.

Although it is arguable that improvements in the Act can be made¹²⁰, it is fair to say that the Act is a clear, comprehensive and integral piece of legislation that effectively regulates commercial arbitration, avoiding undesirable court interference. It proves that promoting the use of a more sophisticated¹²¹ arbitration instrument (rather than the plain text of the model law) is achievable and advantageous, while an entire legal system (courts, legislators, scholars and practitioners) such as the English one is attentive to follow, search and respect the needs of the international commercial community.

From my point of view, according to Section 4(2) of the Act, commercial arbitration in England is meant to be accomplished by supplementary procedural English institutions, contained in other pieces of legislation (i.e. anti-suit injunctions). Such a consideration does not undermine in any sense England's reputation as an arbitration venue. Rather, it contributes to strength it as an appealing seat of arbitration, where courts have shown to play a supportive role in the arbitration process.

4.2. For Mexico

As explained before, the Mexican legal system has embraced commercial arbitration in numerous and diverse domestic and international legal instruments. It is undoubtedly an important commercial venue in the Latin-American region (it is a country with a strategic geographical location, rich in natural resources, and leading promoter of free trade). However, it seems that important modifications to its legislation and case law have to be made, in order to align its legal order with the actual tendencies and good practices of commercial arbitration.

From this study, it becomes obvious that adopting the plain text of the model law is just one of a number of other steps to follow to achieve commercial arbitral efficiency. The adaptation of other laws (i.e. procedural) and the proliferation of an arbitral culture among scholars, practitioners and judges is also required in order to consolidate such a mechanism in a national legal community.

The applications to the Court, with respect to the majority of the judicial assistance proceedings in Mexico, other than the proceedings related to the recognition, enforcement and setting aside of the award¹²² faces a number of legal inconsistencies, namely:

- a) Although the Mexican legislator tried to improve the model law, he omitted to establish the moment in which the request to refer parties to arbitration should occur in a judicial proceeding. From my point of view, such an application should be requested at the earliest procedural opportunity.

¹¹⁹ See Dundas, H. Non-Party Disclosure and Witnesses, Enforcement of Foreign Awards and Costs: Recent Decisions in the English Courts (2005) *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Volume 71, Number 2, May 2005, pp. 172-178 and Angenieux, P. *supra* note 69.

¹²⁰ See Cohen, M. A Missed Opportunity to Revise the Arbitration Act 1996 (2007) *Arbitration International*, 23 - No. 3, pp. 461 - 466

¹²¹ The term sophisticated should be understood as innovative, modern, not in the negative sense of complexity.

¹²² The study of such proceedings was beyond the scope of this work.

b) The Code provides a restricted catalogue of interim measures: attachment of goods and restraining orders. In order to modernize the commercial arbitration practice in Mexico, it is convenient not only to keep track of the recent amendments made by UNCITRAL concerning the model law, but also to respond to the urgent need to reform the Code, with the purpose of extending the catalogue of interim measures available in Mexican law. Consequently, the apparent contradiction between articles 1433 and 1171 of the Code is going to be resolved.

While the Mexican legislator remains passive, it must be the courts' duties to establish precedents respecting the non-interventionist principle foreseen in the model law. Therefore, the Supreme Court of Justice's recent binding precedent with regard to the interpretation of article 1432 of the Code must be reversed. It must be established that the interpretation related to the validity of the arbitral agreement corresponds to the arbitral tribunal. The arbitral agreements must be executed expeditiously and respecting the scope of the kompetenz/kompetenz principle. In any case, the court will conserve its power to review the agreement, given the case of an arbitral award related proceeding.

It would be convenient to establish the roles that *res judicata* and *non bis in idem* principles play in arbitration, that is, to determine whether it is possible to ventilate before the court, jurisdictional issues that have already been determined by the arbitral tribunal or even by the same court, but in a different stage of the arbitration.¹²³

From my point of view, it would also be convenient to regulate unjustified applications to judicial assistance in arbitration as a mechanism to avoid the enforcement of the award. Accordingly, such conducts should be punishable holding responsible for the costs incurred to the frivolous promoting party.

In summary, the legislative and jurisprudential treatments that the Mexican legal system has given to judicial assistance procedures to arbitration could certainly be improved. The mechanism to do it would be an integral reform of the Code and the FCCP, establishing with certainty clear procedural rules applying to arbitration-related proceedings.

While such reforms are not made, judicial assistance in private commercial arbitration in Mexico may become an obstacle, rather than a cooperation mechanism.

Finally, it appears that Mexico needs those reforms in order to become a more attracting venue for arbitration, and consequently for international investment and commerce.

¹²³ For instance it might happen that a party would argue in the enforcement of the award proceeding, issues that have already been determined while resolving the validity of the arbitral agreement.

Mecanismos alternativos de solución de controversias*

Lic. Fernando Estavillo Castro**

Preámbulo.

Es, para quien esto escribe, un honor haber sido invitado a participar en unión de tan distinguidos colegas en esta obra colectiva que pretende hacer un merecido reconocimiento al colega y amigo, el Doctor Rodolfo Cruz Miramontes, por la trayectoria profesional a que con tanta calidad como dignidad, decoro y distinción, ha dedicado la mayor parte de su vida. Ciertamente no es éste el primer reconocimiento que recibe Rodolfo por su labor, así como a la fecha tampoco ha recibido todos los que por su desempeño profesional merece -y por tanto es seguro que no será el último- mas es ésta una oportunidad particularmente propicia para dejar testimonio duradero de respeto y afecto, precisamente en un escenario como éste, tan entrañable para Rodolfo, y lo hago con particular agrado.

Siendo el homenajeadado un hombre que ha llegado a este momento de su vida con una actividad tan vasta como rica y plena, que además ha estado caracterizada por tantas facetas que van desde lo espiritual a lo epicúreo, invitando así a evocar casi cualquier tema en esta ocasión, este foro es el del Derecho y por tanto cualquier reflexión objeto de estos trabajos debe centrarse en temas propios de esta disciplina, a la que de tan buena manera se ha dedicado Rodolfo.

Teniendo en cuenta que una parte importante del quehacer profesional de Rodolfo la han ocupado las cuestiones relativas a la solución de controversias internacionales, en foros que han comprendido la formación propia, la cátedra, la pluma y el ejercicio profesional, me parece pertinente hablar del tema objeto de este trabajo, ya que el destinatario de nuestro reconocimiento también se ha dedicado al mismo de diversas maneras.

En efecto, específicamente tratándose de este tema, me viene a la mente la ocasión en que el despacho estadounidense Shearman & Sterling organizó con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados, entre ellos el de Rodolfo y el de quien esto escribe, una Conferencia México-Estados Unidos sobre Resolución de Controversias Internacionales, que se llevó a cabo en la Ciudad de México en los primeros días del mes de noviembre de 1995. Fue en esa Conferencia que el suscrito presentó una exposición sobre el tema entonces novedoso de los medios alternativos de solución de controversias, que un poco más tarde dio pie a la preparación de un trabajo con el mismo título, publicado en el número 26 de Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, en 1996, que a su vez originó la voz homónima que ahora aparece en la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana y en su momento apareció en las obras que la precedieron¹.

El escenario prevaleciente en 1996, por reciente que parezca, ha cambiado de manera importante desde entonces y amerita una revisita al tema para ponerlo al día, particularmente a la luz del hecho de que estas cuestiones, en aquel entonces no sólo novedosas sino prácticamente desconocidas en México, son ahora no sólo objeto de interés sino materia integrante de los planes de estudio de cada vez más universidades.

La convergencia con Rodolfo en estos temas y en responsabilidades profesionales relacionadas con los mismos, particularmente el arbitraje, abrieron el camino para el florecimiento y desarrollo de la amistad y afecto que hoy

* Artículo publicado en: Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes; Becerra Ramírez Manuel, Cruz Barney Oscar, González Martín Nuria, Ortíz Ahlf Loretta, Cords, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, México, 2 Tomos.

** Abogado, socio del despacho Miranda & Estavillo, S.C.; miembro mexicano de la Corte Internacional de Arbitraje de la International Chamber of Commerce (ICC).

¹ Particularmente, el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano y la Enciclopedia Jurídica Mexicana.

disfrutamos y que a mí me honran, y con estas líneas me sumo al respetuoso reconocimiento que con esta obra se hace a nuestro homenajeado.

I. Introducción.

En sus orígenes, y hasta fecha relativamente reciente, la solución de controversias se había mantenido en un plano que al margen de las pocas o muchas variaciones que hubiera sufrido en los campos doctrinal y procesal mantenía una gran semejanza con los procedimientos y escenarios precedentes. El escenario contractual aparecía caracterizado por contratos con un objeto monolítico o poco complejo, de escasa sofisticación y gran estabilidad; bilateralidad contractual, con una parte de cada lado, o muy pocas más; partes de la misma nacionalidad o a lo sumo de dos nacionalidades diferentes; todo ello, a diferencia del escenario de las últimas décadas, caracterizado por contratos con un objeto múltiple, complejo, de gran sofisticación y frecuentemente evolutivo; relaciones contractuales multi partes, donde éstas además de su número suelen pertenecer a diferentes grupos corporativos, con nacionalidades, idiomas, culturas y sistemas jurídicos diversos, en virtud de la creciente globalización del comercio.

En efecto, entre los muy diversos problemas que demandan una solución jurídica y medios eficaces para resolver las controversias, se encuentran:

- (a) las relaciones jurídicas caracterizadas por una complejidad cada vez mayor, derivada de situaciones tales como la intervención de partes de nacionalidades distintas; el papel que desempeñan diversos aspectos tecnológicos dentro del objeto de la relación entre dos más sujetos; la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, como consecuencia de nuevas tecnologías, nuevos campos de actividad y nuevas formas de hacer negocios; la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia u oportunidad, o de salvaguardar la confidencialidad de cierta información;
- (b) la realidad de órganos jurisdiccionales casi siempre saturados por el número de asuntos pendientes, que por razones de especialización en ocasiones resultan poco idóneos para resolver ciertas controversias, en función de la complejidad o de la naturaleza de la situación jurídica planteada o de las partes que en ella intervienen;
- (c) la necesidad de contar con instrumentos flexibles y creativos, aplicables a la adecuada y oportuna solución de controversias en función de las características de fondo de éstas, de las partes que intervienen, de los valores a tutelar y de los objetivos que se pretenden;
- (d) la necesidad de procedimientos flexibles, que superen problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria; de medios e instrumentos capaces de resolver las controversias en forma más creativa e imaginativa, con mayor celeridad y a un costo menor; y,
- (e) la necesidad de instrumentos que permitan a las partes llegar a soluciones funcionales, mutuamente satisfactorias, oportunas, realistas y que hagan factible su pronta implementación, o sea, su ejecución.

En este punto, ha cobrado nueva vigencia la "... controversia entre quienes creen que el derecho debe, esencialmente, seguir y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de normas nuevas..."²

Situaciones y problemas prácticos como los antes mencionados, han encontrado una respuesta en el campo del Derecho y han llevado a un auge, cada vez más generalizado y creciente, a diversos mecanismos privados de solución de controversias. De manera innegable, el arbitraje privado se muestra, por mucho, como el medio privado de solución de

² Friedmann, W., El derecho en una sociedad en transformación, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 21.

controversias que hasta ahora ha mostrado mayor desarrollo y en torno al cual existen ya un sólido derecho internacional con amplio consenso; una extensa doctrina; una práctica regulada, sistematizada, dotada de usos propios y ampliamente difundida; y, finalmente, una extensa experiencia judicial en torno a la institución del arbitraje, cuya tendencia moderna y civilizada crecientemente contribuye a la autonomía, estabilidad y consolidación de éste, con la seguridad jurídica que ello trae consigo.

Paralelamente, la evolución de los mismos problemas que ya hemos mencionado y el surgimiento de nuevos problemas o la aparición de formas modernas de manifestación de viejos problemas, han generado la necesidad de crear otros mecanismos, o sea mecanismos alternativos, para la solución de las controversias, orientándose el llamado de quienes se ven involucrados en controversias, específicamente hacia la búsqueda de medios no adversariales, algunos de ellos de antigua raigambre, pero adaptados a las formas y necesidades de la vida moderna.

El arbitraje privado mismo, no obstante su acreditada bondad como medio privado de solución de controversias -y en torno al cual como antes se dijo han florecido una profusa práctica, doctrina, derecho internacional, precedentes y aún ciertos usos e instituciones que le son propios- es en ciertos casos cuestionado como el medio más idóneo para resolver algunas controversias, considerando las características específicas de éstas o de las partes que en ellas intervienen.

Los requisitos mínimos a que debe estar sujeto todo procedimiento arbitral, por escasos, flexibles y poco rigoristas que sean; las fases propias de todo procedimiento contencioso heterocompositivo; la frecuente contaminación del procedimiento arbitral con prácticas y formalismos propios del procedimiento judicial; la duración y costo propios del procedimiento contencioso; y, los frecuentes obstáculos procesales para la ejecución del laudo arbitral, después de un largo, costoso y frecuentemente agresivo litigio, inducen a las partes involucradas a buscar formas no adversariales, en las que de manera autocompositiva, es decir de común acuerdo, puedan resolver sus controversias de manera mutuamente satisfactoria o, al menos, aceptable, en un esquema de ganar/ganar en el que cada una de las partes pueda encontrar un incentivo para resolver amigablemente su diferencia.

En el campo de la deontología jurídica, encontramos el principio del servicio al derecho y a la justicia, conforme al cual, el abogado tiene la función de servir a la justicia por medio del derecho. Como parte de este deber ético, está el de huir de la litigiosidad, entendida ésta como "... la afición a mover pleitos, a llevar a tribunales la solución de todos los casos, a prolongar los litigios innecesariamente."³ Obviamente, lo que se critica no es en sí el recurso a los tribunales, que por sí mismos constituyen por excelencia el medio jurídico de impartición de justicia, sino esa litigiosidad que "... ignora los auténticos intereses del cliente y de la justicia y hace del derecho un fin en sí mismo cuando no es más que un instrumento para obtener justicia."⁴

Tradicionalmente, cuando se hablaba de medios o mecanismos alternativos de solución de controversias se pensaba inmediatamente en el arbitraje, hasta entonces el mecanismo que por antonomasia podría constituirse en una alternativa viable respecto de la solución judicial de las controversias, a la que se atribuían procedimientos más extensos, complejos, formalistas y onerosos. De esa manera, si bien un mecanismo como la conciliación tenía ya acreditados siglos de existencia y en esencia permanecía con sus características originales e incluso seguía siendo puesto en práctica en algunos casos, en aquéllos en que la conciliación no era capaz de conducir a una transacción el arbitraje era el único mecanismo merecedor del calificativo de medio alternativo de solución de controversias, respecto de la vía judicial.

³ Villoro Toranzo, Miguel, Deontología jurídica, 1ª. ed., México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1987, colección Textos Universitarios, p. 181.

⁴ Ibidem.

Empero, durante el último cuarto del siglo XX, ante la realidad de litigios difíciles y prolongados no sólo en la vía judicial sino también eventualmente en la vía arbitral, surgieron convencionalmente de las propias partes en pugna, como respuesta a esa problemática, diversos mecanismos no adversariales de solución de controversias que tienen como origen la sola voluntad de las partes y como un común denominador la celeridad, informalidad y flexibilidad de los procedimientos, pretendiendo constituir alternativas ventajosas no sólo frente al litigio judicial o administrativo, sino también frente al arbitraje, para la solución de controversias en que intervienen particulares.

Estos mecanismos tienen su origen y han logrado su mayor auge en los Estados Unidos de América, donde se originó el término "Alternative Dispute Resolution" ("ADR") y autores como Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern⁵ atribuyen su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países, al hecho de que son un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los mecanismos tradicionales de solución de controversias, y aun del arbitraje mismo. Estos mecanismos son ya crecientemente conocidos en México como medios alternativos de solución de controversias; y en otros países de habla hispana, como Argentina⁶, se les denomina "resolución alternativa de conflictos" ("RAC") o "resolución alternativa de disputas" ("RAD"), que es una traducción literal del término "Alternative Dispute Resolution", de donde provienen las siglas "ADR" con que se les identifica en los países de habla inglesa y que, para los no familiarizados con el tema de solución alternativa de controversias -cada vez menos, dada la creciente popularidad de estos mecanismos- a menudo resultaron equívocas frente a los instrumentos estadounidenses de inversión denominados "American Depositary Receipts" y conocidos como "ADR's".

Partiendo del mismo concepto, y como una variación del tradicional y generalmente aceptado de "ADR", el "Reglamento ADR de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional, "CCI" (International Chamber of Commerce, "ICC") visualiza estos mecanismos de solución de controversias como medios "amigables" de solución de controversias, enfatizando así su naturaleza no adversarial, por lo que en dicho Reglamento las siglas "ADR" llevan implícito el concepto de "amicable dispute resolution" más que el de "alternative dispute resolution", independientemente de que la propia CCI decidió adoptar el acrónimo "ADR" para su nuevo reglamento de mecanismos alternativos de solución de controversias, por considerar que se ha vuelto universalmente indicativo del tema a que se refiere dicho acrónimo, y así lo conservó en las traducciones del reglamento que se comenta a diversos idiomas. A continuación, por brevedad se refieren los medios alternativos de solución de controversias como "MASC".

Brown, Marriott,⁷ Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern,⁸ así como Reed y Schwartz,⁹ entre otros autores, atribuyen ventajas a los MASC desde los puntos de vista de flexibilidad, concentración en los conceptos relevantes de la controversia prescindiendo de cuestiones secundarias, celeridad, menor costo, probabilidad de evitar un litigio, confidencialidad, y posibilidad de preservar la relación entre las partes. Asimismo, les atribuyen ciertas desventajas, p.e., no ser idóneos en algunos casos, como aquellos en que las partes han adoptado posturas adversariales o están en juego cuestiones no negociables; cuando existe el riesgo de que en caso de no prosperar el MASC, la contraparte utilice en un litigio ulterior la información, personas o documentos a que hubiere tenido acceso mediante el MASC; la circunstancia de que, salvo en circunstancias excepcionales, la iniciación de un MASC no suspende el plazo de la

⁵ Hunter, Martin, et al., *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, 1a. ed., Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

⁶ Wilde, Zulema D. y Gaibrois, Luis M., *Qué es la mediación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 11.

⁷ Brown, Henry J., y Marriott, Arthur L., *ADR principles and practice*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999; y Marriott, Arthur L., "Tell it to the judge ... but only if you feel you must: the 1995 Freshfields lecture", *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996.

⁸ Hunter, Martin, et al., ob. cit.

⁹ Paulsson, Jan, et al., *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, 2a. ed. revisada, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999.

prescripción; la falta de exigibilidad de los acuerdos de negociar; y eventuales problemas para ejecutar la resolución alcanzada con el MASC.

II. Concepto.

Según Brown y Marriott,¹⁰ la "resolución alternativa de controversias" ("alternative dispute resolution" o "ADR") "... puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución". En contraste con el litigio judicial y con el arbitraje, que constituyen medios heterocompositivos, adversariales, adjudicatorios y obligatorios de solución de las controversias, los MASC constituyen medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de solución de las controversias, que para su plena eficacia presuponen necesariamente la buena fe de las partes que los emplean, así como su voluntad para llevar a la práctica la solución propuesta o encontrada en virtud del MASC.

En esencia, los MASC proponen una solución no adversarial de la controversia dentro de una fórmula ganar/ganar, en la que cada una de las partes pueda encontrar algo que ganar con la solución, a diferencia de los medios adversariales de solución de las controversias, en los que la controversia se resuelve con la fórmula ganador/perdedor o, en muchos casos, con una fórmula perdedor/perdedor. Algunos de los MASC que a continuación se describen pueden verdaderamente ser alternativos al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir a ciertos medios tradicionales de solución de controversias (cuando el MASC tiene un resultado exitoso); otros, en cambio, podrían ser considerados como complementarios de medios tradicionales de solución de controversias, cuando constituyen un instrumento de apoyo, respecto de cierta cuestión, dentro del procedimiento principal.

Asimismo, algunos MASC pueden eventualmente ser obligatorios, como sucede cuando alguna disposición legal obliga a las partes a agotarlos previamente al juicio; o pueden ser voluntarios u optativos, cuando queda al arbitrio de las partes agotarlos o no. Las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote el procedimiento de un cierto MASC previamente al arbitraje o a la intervención judicial; sin embargo, ésto es a todas luces difícil de llevar a la práctica, pues como bien refieren Redfern y Hunter¹¹ "... un convenio para negociar, como un convenio para convenir, no es ejecutable... porque carece de la necesaria certidumbre. Una carga de negociar de buena fe es de hecho impracticable, ya que es inherentemente inconsistente con la posición de la parte negociadora". Esto explica la práctica crecientemente adoptada, no sólo por los órganos jurisdiccionales sino por las instituciones administradoras de arbitrajes y por los propios tribunales arbitrales, de admitir y dar curso a las demandas de las partes, no obstante existir alguna cláusula contractual que obligue a agotar una "instancia" negociadora, por considerar que la presentación de la demanda es una muestra convincente de que quien la presenta no tiene, al menos por el momento, la voluntad de negociar sus pretensiones.

En cualquier caso, por regla general y contrariamente a lo que sucede tratándose de la jurisdicción ordinaria y del arbitraje, el agotamiento de un MASC no conlleva automáticamente su obligatoriedad y, mucho menos, la posibilidad de ejecutarlo. Entre los autores que tratan el tema de los MASC, parece existir consenso en cuanto a que éstos no deben ser entendidos en el sentido de pretender constituir una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que el empleo de un MASC ha sido estipulado en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar el medio alternativo de solución de la controversia.

¹⁰ Brown, Henry J., y Marriott, Arthur L., ob.cit.

¹¹ Redfern, Alan, y Hunter, Martin, Law and practice of international commercial arbitration, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

En la doctrina internacional sobre el tema (y quizá con excepción de Inglaterra, a raíz del caso Channel Tunnel Group Ltd and anor v. Balfour Beatty Construction Ltd [1993],¹² también citado por Redfern y Hunter; y subsecuentemente en virtud del Acta de Arbitraje Inglesa de 1996), generalmente se advierte cierto escepticismo en cuanto a la posibilidad de que un tribunal judicial niegue la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el medio alternativo de solución de controversias estipulado contractualmente; a diferencia de lo que sucede en el caso del arbitraje, donde por disposición expresa del artículo 1424 del Código de Comercio, ante la existencia de un acuerdo de arbitraje debe prevalecer la jurisdicción arbitral, y así sucede en aquellos países que disfrutan de una cultura arbitral avanzada, en contraste con aquellos en los que los propios juzgadores llegan al extremo de desobedecer las disposiciones de su propio derecho positivo y aun de los tratados internacionales que tutelan la preeminencia del acuerdo de arbitraje. En el procedimiento civil mexicano, a diferencia del caso del arbitraje, antes mencionado, un juez carecería de facultades para desechar una demanda bajo el argumento de que está pendiente la realización de un procedimiento alternativo de solución de controversias convenido por las partes.

III. La “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”.

Ante la problemática referida, y en vista del auge creciente del empleo de mecanismos alternativos para la solución de controversias, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida como “CNUDMI” por sus siglas en español y aun más como “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) aprobó en junio de 2002 durante su 35º período de sesiones la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, presentada a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su quincuagésimo séptimo período de sesiones.

Como es sabido, las “leyes modelo” de la CNUDMI (UNCITRAL) no son propiamente leyes modelo, sino modelos de leyes que dicha institución elabora y propone para su incorporación al derecho positivo de aquellos estados que deseen adoptarlas. Así como en su momento la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional” de 1985, ha dado lugar a la transformación del arbitraje comercial moderno en aquellos países que como en el caso de México (Diario Oficial de 22 de julio de 1993) la han incorporado mutatis mutandis a su derecho positivo, la nueva “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional” podría igualmente contribuir a resolver, en aquellos países que la adopten, una buena parte de los problemas comunes que hoy enfrentan los MASC en prácticamente todo el mundo.

Entre otras cuestiones sobresalientes, la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional” contempla, en cuanto al ámbito de su aplicación, su aplicabilidad a la conciliación comercial internacional, sin perjuicio de que los estados que deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno la hagan aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales; y además, conforme a dicha Ley Modelo, “se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ... que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas”. Conforme a este concepto, las disposiciones de la Ley Modelo serían aplicables de manera vinculante prácticamente a cualquier tipo de MASC, en aquellos países que las incorporasen a su derecho positivo.

Tratándose de otra cuestión muy trascendente, que es la prescripción –que los MASC por lo general no son capaces de interrumpir- la Ley Modelo señala que los estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción, podrán incorporar en su derecho interno una disposición en el sentido de que cuando se inicie el procedimiento de

¹² Connerty, Anthony, “The role of ADR in the resolution of international disputes”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996.

conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de conciliación y, cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

En materia de confidencialidad, la Ley Modelo señala que, a menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por la ley o que sea necesaria a efecto de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Tratándose de otra cuestión que ha sido motivo de preocupación generalizada, la Ley Modelo señala que las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en el procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar, en relación con (i) la invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en él; (ii) las opiniones o sugerencias de una de las partes, respecto de un posible arreglo de la controversia; (iii) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio; (iv) las propuestas presentadas por el conciliador; (v) el hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador; (vi) cualquier documento preparado únicamente para fines del procedimiento conciliatorio.

Asimismo, conforme a la Ley Modelo, ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información anterior; y si se presentase como prueba en contravención a las disposiciones referidas, dicha prueba no se considerará admisible, sino en la medida que la ley lo prescriba o sea necesario para el cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Conforme a la Ley Modelo, salvo acuerdo en contrario de las partes el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. Asimismo, cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo estipulado en él, salvo en la medida necesaria para la salvaguarda de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan; y el inicio del procedimiento arbitral o judicial, no constituirá en sí mismo una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Finalmente, en relación con la ejecutoriedad del acuerdo de transacción, la Ley Modelo señala que si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución; y señala además al respecto que los estados que la incorporen a su derecho positivo podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad. En el caso de México, no obstante la sensible contribución de la jurisprudencia a la certidumbre jurídica por lo que hace al carácter de cosa juzgada que tiene la transacción, gracias a una contradicción de tesis, al implantar las disposiciones de la Ley Modelo se podrían precisar las cuestiones inherentes a su ejecución.

IV. Algunos ejemplos de utilización de MASC.

Existen numerosas referencias sobre el empleo de mecanismos alternativos de solución de controversias, y las que remencionan al calce son sólo algunas.¹³

En el ámbito internacional, la UNCITRAL o CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law o "Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional"), adoptó reglas de conciliación desde 1980. La Cámara Internacional de Comercio (ICC o CCI), por su parte, contaba con un Reglamento de Conciliación Facultativa que, por cierto, tuvo muy limitada utilización en la práctica, para ser sustituido por el Reglamento de ADR de la CCI, de 1 de julio de 2001.

La propia CCI, al actualizar su visión respecto a los MASC, cuenta ahora con un nuevo Reglamento de Peritaje, de 1 de enero de 2003, y de un Reglamento de Dispute Boards, de 1 de septiembre de 2004, que más adelante se comentan brevemente.

El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones, "CIADI" (International Centre for Settlement of Investment Disputes, "ICSID"), cuenta con reglas de procedimiento para la conciliación de controversias en materia de inversiones.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN o NAFTA), contempla en su Capítulo XX, Artículo 2022, el compromiso de los tres países de promover y facilitar "el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio."

Un común denominador en las diversas reglas de conciliación, como las mencionadas anteriormente, es el establecimiento de mecanismos conforme a los cuales las partes con intereses en conflicto pueden intentar una posible solución amistosa antes de someterse a arbitraje o a una solución judicial, sobre la premisa de que, en caso de fallar dicho intento, lo actuado no podrá ser hecho valer en litigio en perjuicio de cualquiera de las partes y, salvo acuerdo expreso de éstas, las personas que hayan intervenido en el procedimiento queden impedidas de fungir como árbitros o como testigos en el mismo asunto.

Los ejemplos de aplicación de diversos MASC son numerosos e ilustrativos de su utilidad práctica. Además de casos como los que se mencionan en este trabajo, cabe mencionar que en los Estados Unidos de América, dos ordenamientos legales fueron promulgados durante la administración del Presidente George Bush, el primero, la Judicial Improvement Act of 1990 (Acta de Mejora Judicial de 1990), promovió y en ocasiones hizo obligatorio el empleo de "solución alternativa de controversias" (ADR) por tribunales federales; y el segundo, la Administrative Dispute Resolution Act of 1990 (Acta de Solución de Controversias Administrativas de 1990), promovió a utilización de "ADR" por dependencias federales.¹⁴

¹³ Entre otras obras al respecto, Oscar Cruz Barney, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", en *Ars Luris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2000, No. 23; Paul Davidson y Luis Perret (editores), *Université D'Ottawa, Commercial Arbitration in the Americas/El Arbitraje Comercial en las Américas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992; Isaak I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1993; Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, cit., pp. 63 y 64; Arthur Marriott, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must: The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996; Jorge Alberto Silva, *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Perezniето Editores, México, 1994; José Luis Siqueiros, *Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio*, en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 25, t. II (1995), México, pp. 335-349.

¹⁴ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution". Documento presentado en México, D.F., el 9 de noviembre de 1995, en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

En el campo de las empresas privadas, las industrias de seguros, publicidad y valores de los Estados Unidos de América han adoptado reglas uniformes para el arbitraje de ciertos tipos de controversias y la industria de la publicidad ha formado una entidad auto regulada denominada National Advertising Review Board ("NARB"), para realizar ciertas investigaciones sobre publicidad engañosa o fraudulenta y resolver ciertos asuntos mediante un panel de tipo arbitral, con resoluciones no obligatorias. La industria de valores, mediante la National Association of Security Dealers cuenta con un procedimiento arbitral para resolver controversias entre corredores y clientes y entre corredores.

Ford Motor Company, por su parte, implantó un procedimiento de solución de controversias, mediante un órgano privado de "apelación" (Ford Consumer Appeals Board) para resolver sobre las quejas de sus clientes; y TRW Electronics Corporation -que, como adelante se verá, participó exitosamente en un "pequeño juicio" o mini trial- implementó luego un novedoso mecanismo interno para prevención de controversias, con nuevos enfoques para su manejo en caso de surgir éstas.¹⁵

Finalmente, es digna de mención la política de prevención de controversias promovida por el "Center for Public Resources", de los Estados Unidos de América, consistente en la suscripción de una declaración -no obligatoria- por parte de sus adherentes, en virtud de la cual, en caso de enfrentar situaciones controversiales se comprometen a explorar vías de resolución de las mismas por medios distintos al litigio, tales como la mediación y el pequeño juicio.

V. Algunas Especies de MASC.

En el auge de los MASC, de manera casi cotidiana aparecen en distintos países diversos mecanismos, frecuentemente equivalentes o similares a otros ya existentes, con el objetivo común de resolver, de manera voluntaria, amigable, no adjudicatoria, expedita y económica, controversias de las más diversas índoles. Se mencionan brevemente a continuación algunos de los numerosos MASC conocidos y, por su frecuente origen anglosajón, se indica el nombre con que se les conoce en inglés y se les menciona en las diversas publicaciones. Además de lo anterior, tratándose no sólo de la conciliación y de la mediación, sino de los demás mecanismos que a continuación se comentan, es importante tener en cuenta lo dicho en párrafos anteriores en relación con la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional".

1. Negociación (negotiation).

Podría decirse que la negociación constituye el gran género entre los mecanismos alternativos de solución de controversias, seguramente el más antiguo de ellos, y el MASC por excelencia. No sólo los abogados sino los legos en la materia lo han empleado y lo seguirán empleando instintivamente como un primer acercamiento cada vez que una controversia permita una solución no adversarial y tengan el ánimo de darla por terminada de esa manera, que como punto de partida no requiere de más que el ingrediente volitivo y una interlocución directa entre las partes, que eventualmente puede incluso dar origen a un procedimiento sumamente simple para establecer la forma en que las partes llevarán al cabo su comunicación negociadora.¹⁶

Es por esto que no resulta extraño que en algunos contratos aparezca una cláusula que expresamente disponga el agotamiento de una primera fase en la que las partes intenten resolver sus diferencias mediante negociación directa, antes de intentar una vía contenciosa, estipulando un período de "enfriamiento" antes de intentar el litigio.

¹⁵ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution", op. cit.

¹⁶ Cecilia Azar Manzur, Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar. Breviarios Jurídicos, No. 11, Editorial Porrúa, México, 2003; Henry J. Brown y Arthur L. Marriott Q.C., ADR Principles and Practice. Sweet & Maxwell, London, 2a. edición, 1999; Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander y Nancy H. Rogers, Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1992.

Asimismo, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte contempla expresamente como una primera fase en su capítulo XI, el mecanismo de negociación para la solución de controversias entre inversionista y el Estado, en materia de inversión.

Dado que este tipo de mecanismo no es susceptible de interrumpir la prescripción, el período de negociación debe ser breve y debe prever su conclusión automática, y el recurso al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, después de cierto plazo. Por otra parte, en aquellos casos en que las partes no son capaces de lograr un acuerdo mediante negociación directa, mas coinciden en el propósito de lograr una solución no adversarial, pueden considerar el recurso a la mediación, considerada como una negociación asistida, o a algún otro tipo de MASC, con la intervención de un tercero neutral que actúe como un facilitador que persiga la avenencia de las partes y las asista en su intento de lograr de común acuerdo una solución no adversarial de su controversia de manera mutuamente satisfactoria para ellas.

2. Conciliación (conciliation).

La conciliación es una figura antigua -y ya con larga existencia aunque no necesariamente con gran relevancia en nuestro derecho- cuyos antecedentes históricos no comentaremos en detalle por limitaciones de espacio. Sólo mencionaremos que la conciliación fue una institución reconocida en la antigua Grecia y en Roma, que recibió un nuevo impulso con el advenimiento del cristianismo. Por lo que respecta a España, se discute si la conciliación tuvo o no su origen en el Fuero Juzgo y aparece en las Siete Partidas mediante la institución de los amigables componedores, consolidándose en Francia y España en los siglos XVIII y XIX, hasta hacerse obligatorio intentarla como requisito previo a un juicio declarativo.

La figura de la conciliación se introdujo en forma permanente en España -y con ello en México- como requisito previo para entablar cualquier juicio, por la Constitución de Cádiz, de 1812; y posteriormente en México, la Ley para el arreglo de los procedimientos judiciales ante los tribunales y juzgados de Distrito y Territorios, de 4 de mayo de 1857, incluyó un juicio verbal con la obligación (Art. 10) de exhortar a las partes a una "composición amigable" y, además (Art. 26) estableció una instancia de conciliación obligatoria, al disponer que ninguna demanda, fuese civil o criminal sobre injurias puramente personales, sería admitida sin que se acreditase haberse intentado antes el medio de conciliación; lo cual, tenía algunas excepciones, reguladas en los tres artículos siguientes.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932, actualmente en vigor, al regular la justicia de paz obliga al juez (Art. 20, fracción VI¹⁷) a exhortar a las partes, antes de pronunciar el fallo, a una "composición amigable"¹⁸; y en 1986, se reforma dicho Código siguiendo modelos extranjeros, para introducir (Art. 272-A¹⁹) una "audiencia previa y de conciliación" que no ha dado resultado en la práctica.

Como se verá a continuación, no obstante no ser nueva en México, el tipo de conciliación que hasta ahora se conoce y practica en el país tiene una naturaleza distinta y es ajeno al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que hemos venido comentando.

¹⁷ Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

¹⁸ Término que Alcalá-Zamora considera inadecuado nombre, por ser "propenso a ser confundido con la amigable composición, o sea el arbitraje de equidad". (Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Derecho Procesal Mexicano. Porrúa, México, 2a. ed., 1985, t. I, pag. 453.).

¹⁹ Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

Gramaticalmente,²⁰ el vocablo conciliación significa la "acción y efecto de conciliar"; lo cual, a su vez, significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí", "conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias" y "granjear o ganar los ánimos o la benevolencia...".

Jurídicamente, en la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana²¹ se define la conciliación como "... el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso"; y, además, se dice que "... es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deberá regular sus relaciones jurídicas".

Otro acercamiento al tema por Rodolfo A. Nápoli, autor argentino,²² señala que la conciliación "... puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las diferencias no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que accionen busquen la coincidencia" y, al respecto, el mismo autor señala²³ que "... ese tercero puede ser un particular o un funcionario; en este último caso forma parte del mecanismo procesal y lleva la impronta del Estado, que tiene un interés permanente en lograr la paz social" y agrega que, "... si la conciliación ha dado resultado, el arbitraje no tiene razón de ser. Pero si la conciliación falla, no quedan sino dos caminos: dejar que los acontecimientos se precipiten o recurrir al arbitraje, es decir, que por un camino se impone en el hecho el más fuerte y por el otro camino, que es el del derecho, se impone el más justo."

En derecho estadounidense, se explica la conciliación²⁴ como "... el finiquito de una disputa de una manera amigable ... 2. Un proceso en el que una persona neutral se reúne con las partes en una disputa y explora cómo podría ser resuelta la disputa; especialmente, un método no estructurado de resolución de controversias en el que un tercero facilita la comunicación entre las partes en un intento de ayudarlas a transigir sus diferencias..."

También en la práctica estadounidense, algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales.²⁵

Según De Pina y De Pina Vara,²⁶ la conciliación es un "... acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo)." En sentido semejante se pronuncia Couture,²⁷ al definir la conciliación

²⁰ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, pag. 415.

²¹ Santiago Barajas Montes de Oca y Ricardo Méndez Silva, en Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Editorial Porrúa, México, 2006, 1a. ed., t. II, pp. 503-507.

²² Rodolfo A. Nápoli, "Conciliación y Arbitraje", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, t. III, 1992, pp. 592-595.

²³ Ibidem.

²⁴ Black's Law Dictionary, Bryan A. Garner Editor en Jefe, Thomson West 8a. ed., 2004, pag. 307. La traducción es nuestra.

²⁵ Linda C. Reif, "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, en su artículo "Alternative Dispute Resolution", antes citado.

²⁶ Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, vigesimoprimer ed., 1995, pag. 178.

²⁷ Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 5a. reimposición, 1993, pag. 159.

como "acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual."

Hablando de la conciliación, Eduardo Pallares señala²⁸ que "... importa señalar la diferencia que la distingue de la transacción. **Para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos** de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. **En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio.** Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesidad de intervención jurisdiccional del conciliador."

Como se advierte con la lectura de lo anterior, Pallares parece estar considerando a la conciliación como el género y a la transacción como la especie, ya que si bien ambas resultan aplicables a la solución de controversias tanto presentes como futuras, por voluntad de las partes, sólo en la transacción aparecería como indispensable el elemento de que hubiese "sacrificios recíprocos de las dos partes".

Siguiendo la terminología de Carnelutti, Alcalá-Zamora²⁹ se refiere al proceso, la autocomposición y la autodefensa como "las tres posibles desembocaduras del litigio" y clasifica la conciliación como un medio autocompositivo, sosteniendo que "... la autocomposición, tenga lugar antes o después de surgido el proceso, parece a primera vista, si no la mejor de las tres [proceso, autocomposición y autodefensa], sí una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo ..."

En su Derecho Procesal Mexicano, Alcalá-Zamora³⁰ ubica la conciliación -si bien sin definirla- dentro de un capítulo que tituló "solución de litigios por órganos no judiciales ni arbitrales en el derecho mexicano"³¹ y, después de afirmar que "... la autocomposición constituye, desde luego, el más característico de los 'modos no jurisdiccionales' [...] de solución de los litigios",³² fiel al criterio expresado desde 1947 en su célebre "Proceso, Autocomposición y Autodefensa", señala a la conciliación como medio autocompositivo.

En esta nueva obra,³³ Alcalá-Zamora se refiere a la conciliación como a una de las "...figuras que se parecen, confunden o entrecruzan con las genuinas figuras autocompositivas, o sea... [desistimiento, allanamiento y transacción]... [y] ... la semejanza obedece a que son también actos de parte y a que repercuten sobre el destino y término del proceso en que se producen o con el que entroncan".³⁴

²⁸ Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Porrúa, México, 5a. ed., 1966, pp. 154-155. La utilización de negrilla es nuestra.

²⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 3a. ed., 1991, pag. 13.

³⁰ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Derecho Procesal Mexicano, op. cit., pp. 430 et seq.

³¹ En realidad, según refiere el propio Alcalá Zamora (idem, pag. 430), este capítulo constituye una ponencia publicada por él en el "volumen Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970) -México, 1971-, pp. 159-95".

³² Idem, pp. 447 y 448.

³³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Derecho Procesal Mexicano, op. cit.

³⁴ Idem, p. 452.

Es también interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora³⁵ de que la conciliación "... no es una forma distinta de autocomposición y sí únicamente un medio especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de transacción entre ambos..."

Fairén Guillén³⁶ considera que "... ontológicamente [la conciliación] constituye un acto (o serie de actos) de autocomposición de conflictos o de heterocomposición de los mismos. De autocomposición, si en ella no intervienen sino los interesados, que podrían llamarse conciliandos; ... De heterocomposición, si interviniera una tercera persona -en muchas ocasiones, aparece el mediador-, sea para ayudar a conjugar y acordar voluntades, sea para garantizar con su presencia, el acto, bien para su protocolización, bien para su puesta en práctica -ejecución."

No compartimos la opinión del maestro Fairén Guillén en el sentido de que la conciliación pueda constituir un acto de heterocomposición por el hecho de que intervenga una tercera persona -que según él mismo pudiera ser el propio mediador- ya que la intervención del tercero, sin impartir jurisdicción -con el simple carácter de facilitador, protocolizador o ulterior ejecutor, que le atribuye el propio Fairén Guillén- no privaría a la conciliación, producto de la sola voluntad de las partes con intereses opuestos, del carácter autocompositivo de la solución de su controversia, ya que aún en los casos en que el juez mismo llega a tener intervención, "pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente",³⁷ la conciliación sigue teniendo un carácter autocompositivo.

Alcalá-Zamora³⁸ y Fairén Guillén³⁹ hacen referencia a las diversas modalidades que puede adoptar la autocomposición, tales como: unilateral, cuando deriva de la voluntad de una sola de las partes, como es el caso del allanamiento y del desistimiento; bilateral, cuando interviene la voluntad de ambos contendientes, como en el caso de la transacción; pre-procesal, cuando se efectúa con anterioridad al juicio; endo-procesal, cuando se efectúa dentro del juicio; y post-procesal, cuando se efectúa después de concluido el juicio; onerosa, cuando implica concesiones o sacrificios recíprocos, como es el caso de la transacción; altruista, cuando implica una renuncia o reconocimiento a favor del adversario, como en el allanamiento y en el desistimiento; autónoma, cuando únicamente intervienen las partes contendientes; con intervención de tercero, que puede ser un juez, autoridad, institución o particular; en cuyo caso, se considera pública cuando el tercero que interviene es un juez o autoridad o, privada, cuando el tercero es un particular o una institución privada; y, finalmente, la autocomposición privada puede ser ad hoc cuando quien interviene es un tercero independiente que se regirá por normas individualizadas aplicables exclusivamente al caso, o institucional, cuando quien interviene es una institución privada especializada, cuyas normas regirán el procedimiento autocompositivo.

Los criterios de clasificación doctrinal antes expuestos, son también aplicables a la mediación y a la transacción, que más adelante se tratan. Por otra parte, si se quisiese analizar la conciliación desde la óptica de los modernos medios alternativos de solución de controversias, cabría hacerlo desde la óptica de la mediación, aplicándole además los comentarios que se formulan en el capítulo respectivo de este trabajo.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Víctor Fairén Guillén, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en Justicia y Sociedad, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1a. ed., 1994, pp. 859 y 860.

³⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, op. cit., pp. 73 y 74. La adición de cursiva en la cita en el cuerpo del escrito, es nuestra.

³⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, op. cit., pp. 78 et seq.; y Derecho Procesal Mexicano, op. cit., pp. 430-461.

³⁹ Víctor Fairén Guillén, op. cit., pp. 860 et seq.

Sin pretensiones de generalizar, nos parece que los ejemplos clásicos de conciliación conocidos en México, desde el punto de vista doctrinal y atendiendo a las diversas modalidades autocompositivas, se podrían clasificar como bilaterales, pre-procesales o endo-procesales, onerosos, con intervención de tercero, públicos e institucionales, como se aprecia de los ejemplos de conciliación que abajo se mencionan.

- juicios laborales, artículos 873, 875, 876 de la Ley Federal del Trabajo;
 - conflictos colectivos laborales de naturaleza económica, artículo 901 de la Ley Federal del Trabajo;
- procedimientos de huelga, artículos 926 y 927 de la Ley Federal del Trabajo;
 - juicio ordinario civil, artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
 - divorcio por mutuo consentimiento, artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
 - controversias entre consumidores y proveedores, artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor;
 - conflictos entre usuarios de servicios financieros e Instituciones Financieras, según éstas se definen en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, artículos 11, 60 y demás relativos de dicha Ley;
- conflictos autorales, artículo 133 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Como cabe advertir después de todo lo anterior, si bien para llegar a un acuerdo en relación con una situación controvertida, la intervención de un tercero no es indispensable para conciliar la diferencia –y de hecho así ha sucedido desde tiempo inmemorial- en el concepto moderno de la conciliación como parte de los MASC encontramos invariablemente la intervención del tercero neutral que funge como conciliador. En el campo de los MASC, en la práctica estadounidense algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales; sin embargo, debe señalarse que no existe consenso en cuanto al papel que debe desempeñar el conciliador, y así se advierte también de los términos de la Ley Modelo de UNCITRAL en materia de conciliación.

3. Mediación (mediation).

Tal y como sucedió en el caso de la conciliación, la mediación generalmente conocida en México hasta los últimos cinco años del siglo XX era ajena al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que hemos venido comentando. Prueba de ello, es que aunque gramaticalmente⁴⁰ el vocablo mediación significaba desde entonces "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad", desde el punto de vista jurídico el Diccionario Jurídico Mexicano⁴¹ -como sucedía con la Enciclopedia Jurídica Ameba hasta antes de publicar su Apéndice VII- sólo definía la mediación desde el enfoque de mediación en derecho internacional público, describiéndola como "... uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo."

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española, vigésimo primera ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 951 y 952.

⁴¹ Ricardo Méndez Silva, en Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1988, 2a. ed., t. III, pp. 2089 y 2090.

De Pina y De Pina Vara -quienes también analizan la mediación desde el punto de vista del derecho internacional público, como segunda acepción- la definían en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio."⁴²

El Código de Comercio, en la fracción XIII de su artículo 75, alude implícitamente a la mediación en el sentido de la definición de De Pina, al señalar simplemente que "La Ley reputa actos de comercio... XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles" y, en sentido análogo se le encuentra, en forma ocasional y siempre breve, en la doctrina mercantil mexicana, equiparando la mediación mercantil a la correduría, como se advierte en autores como Mantilla Molina⁴³ Rodríguez y Rodríguez.⁴⁴ Y un ejemplo más, en derecho positivo, habría sido posible encontrarlo en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, cuyo artículo 7, después de referirse a la comisión mercantil, se refería a la "mediación mercantil" definiéndola como "la actividad que desarrolla el mediador para relacionar a los contratantes".

En derecho estadounidense, en cambio, desde tiempo atrás se enfocaba la mediación precisamente como medio de solución de controversias, al explicarla como "Intervención; interposición; el acto de una tercera persona en intermediar entre dos partes contendientes con miras a persuadirlas de ajustar o transigir su disputa. Transacción de una disputa por la acción de un intermediario (parte neutral). Ver también Arbitraje; Conciliación."⁴⁵

Algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.⁴⁶ Otros postulantes estadounidenses, presentan la mediación como un proceso mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan ésta.⁴⁷ En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones.

En otros países y particularmente en los Estados Unidos de América, el auge de la mediación y de aquellas instituciones que la promueven y practican, ha sido enorme, como lo ha sido el número de instituciones que se han creado -y se siguen creando- para la práctica de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto domésticos como de derecho internacional privado. Asimismo, instituciones domésticas e internacionales, dedicadas tradicionalmente al arbitraje, han expandido el ámbito de su actividad a la mediación. Como ejemplos, se pueden mencionar la American Arbitration Association (AAA) y su rama internacional, que es el International Centre for Dispute Resolution, "ICDR"; la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual/OMPI (World Intellectual Property Organization/WIPO), y la Cámara de Comercio Internacional, CCI.

⁴² Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, vigésimo primera ed., 1995, pag. 369.

⁴³ Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1968, pp. 68, 149 y 150.

⁴⁴ Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1972, t. I, pag. 42; y t. II, pp. 41-46.

⁴⁵ Black's Law Dictionary, West Publishing, St. Paul, Minn., 5a. ed., 1979, pag. 885. La traducción es nuestra.

⁴⁶ Michael F. Hoellering, "World Trade to Arbitrate or Mediate -- That Is the Question", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, en su trabajo "Alternative Dispute Resolution", antes citado.

⁴⁷ Sidney Stahl, "An Introduction to Mediation/Conciliation". Documento presentado en México, D.F., el 6 de septiembre de 1996, a los miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center, de efímera existencia.

Al hacer referencia a la práctica de la mediación en otros países, no podríamos dejar de mencionar el caso de Argentina, que en su momento constituyó toda una innovación en la materia al introducir experimentalmente la mediación obligatoria, que no tendría sentido comentar con mayor extensión en este trabajo por haber dejado de tener la actualidad que en su momento despertó tanto interés en América Latina.

La mediación, en su acepción más moderna, constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias -que algunos autores clasifican, y no sin razón, como una forma de negociación asistida- que representa un medio autocompositivo que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario, no adversarial y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional, a un tercero independiente, imparcial y neutral, que actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes para lograr que éstas, de común acuerdo, lleguen a una resolución de su desavenencia.

4. Distinción entre Conciliación y Mediación.

La realidad, es que no existen prácticas consistentes, a nivel internacional, que permitan distinguir las facultades del conciliador de las del mediador, o la práctica o usos que ambos siguen. Desde el punto de vista terminológico, tampoco se advierte preferencia por el término conciliación o el término mediación, si bien en los países que practican el common law se usa el término mediación, mientras que en los de tradición de derecho civil se emplea el término conciliación, y un buen ejemplo de ello es Canadá, que cuenta con ambas tradiciones jurídicas, lo que ha dado como resultado que, dentro de un mismo país, se emplee el término conciliación en las provincias de tradición francesa y se utilice el término mediación en las de tradición inglesa.

Desde el punto de vista estrictamente gramatical puede decirse que en el caso de la conciliación, por definición, no resulta necesaria la intervención de un tercero para que las partes opuestas puedan llegar a una avenencia, ya que en forma independiente y voluntaria pueden conciliar por sí mismas sus intereses y llegar a una transacción, allanamiento o desistimiento, mientras que en el caso de la mediación, también por definición, aparece como esencial la presencia de un tercero, que intervenga ante las partes, interponiéndose entre ellas para lograr su avenencia.

Si bien esto último permitiría afirmar que en el ámbito de los MASC sería por ello más idóneo el término mediación que el término conciliación, la realidad es que esto, en el plano internacional, no se ha reflejado así en la práctica y ambos términos se aplican de manera indistinta, como lo demuestran elocuentemente el texto de la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional", que antes se comentó, y el abandono del término conciliación por la Cámara de Comercio Internacional, CCI, que al sustituir su antiguo Reglamento de Conciliación Facultativa con el nuevo Reglamento de ADR de la CCI, hizo el tránsito al término mediación; y por lo que respecta a América del Norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que amalgama los sistemas de common law y de derecho civil, se ha acuñado el término "conciliación/mediación".

En México, el empleo de los términos conciliación y mediación despertó inicialmente cierto cuestionamiento desde el punto de vista formal, aunque desde el punto de vista material, considerando conceptualmente ambas figuras en función de su contenido, cabe concluir que no existe diferencia de fondo entre ambas y a la discusión terminológica al respecto se considera a la fecha una cuestión irrelevante; sin embargo, hasta hace algunos años, mientras que una corriente argumentaba insistentemente que en México el término mediación era desconocido como medio de solución de controversias, ya que nuestra legislación sólo lo contemplaba como forma de intermediación comercial, mientras que el término conciliación cuenta con larga tradición como medio de solución de controversias, otra corriente, más apegada a la línea actual de los MASC utilizados en América y en el resto del mundo, pronto pareció favorecer el empleo del término mediación, creando incluso un Instituto Mexicano de la Mediación, ya que si bien en

México la figura de la conciliación cuenta con una larga tradición y práctica como medio de solución de controversias, la realidad es que actualmente no se le utiliza en forma privada y sólo se le aplica con la intervención gubernamental, particularmente en controversias laborales y de protección al consumidor, empezando a extenderse, con mayor amplitud, a otras materias, que incluyen servicios financieros, obras públicas y adquisiciones gubernamentales.

5. Mediación/Arbitraje (Med/Arb) / Arbitraje/Mediación (Arb/Med) / Mediación y Arbitraje Última Oferta (Mediation and Last Offer Arbitration, MEDALOA).

El procedimiento Med/Arb supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo dentro de un cierto plazo, el mismo mediador se convierte en árbitro y conduce a partir de entonces un procedimiento arbitral. Este método es cuestionado, ya que la opinión que parece prevalecer, es que por regla general y salvo acuerdo expreso entre las partes, el mediador no debe actuar posteriormente como árbitro en virtud de que su contacto con las cuestiones controvertidas y con los puntos de vista de las partes, desde la óptica del mediador, podría hacer cuestionable su necesaria independencia e imparcialidad al juzgar posteriormente la misma controversia como árbitro, en el procedimiento arbitral.⁴⁸

El procedimiento Arb/Med funciona de manera inversa al anterior y supone la existencia de un procedimiento arbitral en el que las partes acuerdan suspender el mismo para intentar la solución de su controversia utilizando la mediación, mas con la peculiaridad de que el mismo árbitro actúa en lo sucesivo como mediador.

La crítica que se hace a este último mecanismo es esencialmente la misma que se hace en el caso del Med/Arb, ya que en el supuesto de que el procedimiento de mediación no culmine en una transacción, si el mediador se ve obligado a actuar de nuevo como árbitro, se enfrentará la consecuente posibilidad de pérdida de su independencia e imparcialidad; y en caso de que para evitarlo se considerase la posibilidad de sustituirlo, las consecuencias serían igualmente negativas en función de que el nuevo árbitro podría verse enfrentado a la necesidad de repetir actuaciones, lo que resultaría impensable en términos de tiempo, costos y equidad procesal, además de la circunstancia de que algunas actuaciones podrían ser irrepetibles o de repetición inconveniente.

En este universo interminable de variables, característico de los MASC, también existe una variación del Med/Arb conocida como MEDALOA, que consiste en la conducción de un procedimiento de mediación con la peculiaridad de que en caso de no lograrse un acuerdo como resultado de la mediación, cada una de las partes somete al mediador su última oferta, autorizando al mediador para elegir la que juzgue más adecuada, con carácter obligatorio para las partes.

La ventaja atribuida a este mecanismo, es que obliga a las partes a hacer efectivamente su mejor oferta, sabiendo que el mediador, actuando ya como árbitro en virtud del MEDALOA, tendrá la facultad de elegir una de ellas –que podría ser la de esa parte- y convertirla en laudo. Desde el punto de vista jurídico, es claro que un laudo arbitral de esta naturaleza tendría más semejanza con el arbitraje en amigable composición que con el de estricto derecho.⁴⁹

6. Determinación por Experto Neutral (neutral expert fact-finding).

En aquellos casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de índole técnica, pueden acordar la intervención de un experto con el objeto de que éste emita un dictamen que pueda o no ser obligatorio para las

⁴⁸ Henry J. Brown y Arthur L. Marriott Q.C., *ADR Principles and Practice*. Sweet & Maxwell, London, 2a. edición, 1999; Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander y Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1992.

⁴⁹ Mauro Rubino-Samartano, *International Arbitration Law and Practice*. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, second revised edition, 2001.

partes. Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. De igual manera, este mecanismo puede ser útil para la valuación de ciertos bienes, incluyendo la valuación de acciones para el ejercicio de derechos de preferencia, o para determinar el apego de ciertos productos a las especificaciones convenidas.

El papel del experto se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir un dictamen u opinión que, desde luego, no es obligatorio para las partes, salvo que así lo hubieren acordado. En el caso de México, el sistema de recurso a un perito independiente previsto en los contratos de servicios múltiples de PEMEX Exploración y Producción, se puede considerar inspirado en este MASC, sin que ello signifique que ese mecanismo sea el más idóneo para ese tipo de proyectos, para los que serían más idóneos los Dispute Boards que aquí se comentan.

Cuando se adopta por partes convencidas de la economía, celeridad y eficacia que puede brindarles este mecanismo, las probabilidades de éxito y de evitar problemas desproporcionadamente mayores, son enormes, pues salta a la vista que de emprenderse la vía contenciosa (ya sea judicial o arbitral), precisamente por la índole técnica del problema de fondo las partes enfrentarán la necesidad ineludible de acudir al auxilio de expertos, y probablemente el juzgador o el árbitro también, además de que será necesario agotar todo el procedimiento de instrucción de la causa.

Una variación o forma específica de este procedimiento lo constituye el peritaje privado de tipo institucional, conforme al cual las partes pueden acudir a una institución especializada como lo sería la Cámara de Comercio Internacional, "CCI", que conforme a su nuevo Reglamento de Peritaje de 1 de enero de 2003, ofrece tanto a partes interesadas como a árbitros, servicios de recomendación de expertos, nombramiento de expertos, y administración de procedimientos de peritaje.

7. Pequeño juicio (mini trial).

Este procedimiento, clasificado por algunos autores como una mediación evaluatoria ("evaluative mediation"), se lleva al cabo mediante la integración de un panel o tribunal simulado, constituido por un ejecutivo del más alto nivel posible de cada una de las partes, preferentemente ajenos a los hechos en que se origine la controversia, y presidido por un tercero neutral idóneo, que preside las reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, que constituyen materialmente audiencias informales en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio en el que se exponen y debaten los hechos en que se origina la controversia y los argumentos de cada una de las partes, e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensas de las partes, con el objeto de que éstas puedan evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o un procedimiento arbitral. Al concluirse la presentación del caso mediante este procedimiento simulado, las partes pueden o no pedir al tercero neutral que emita una opinión –desde luego no obligatoria- que permita a las partes evaluar sus respectivas posiciones. En ocasiones, este MASC puede dar como resultado una rápida y económica solución de la controversia en forma amistosa, que permita a las partes continuar con su relación de negocios.⁵⁰

Los casos paradigmáticos de aplicación de este tipo de MASC, incluyen invariablemente el llevado a cabo en 1977 -al que se atribuye el origen del "mini trial"- para resolver un complejo problema de infracción de patente entre TRW y Telecredit, donde después de más de tres años de diligencias probatorias ("discovery"), mediante las cuales se habían exhibido más de 100,000 documentos y cada parte había gastado más de 500,000 dólares en honorarios, las partes acordaron este procedimiento, que llevaron a la práctica mediante el intercambio de escritos y una presentación de

⁵⁰ Ver Henry J. Brown y Arthur L. Marriott Q.C., ADR Principles and Practice. Sweet & Maxwell, London, 2a. edición, 1999; Stephen B. Goldberg, Frak E.A. Sander y Nancy H. Rogers, Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1992; Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, Qué es la Mediación. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

argumentos por los abogados de cada parte, durante dos días, ante un panel compuesto por un alto ejecutivo de cada empresa, con facultades para transigir, y un tercero neutral designado de común acuerdo.

Según se dice, después de las presentaciones del caso por los abogados, los ejecutivos de ambas empresas se reunieron a solas durante media hora; posteriormente siguieron negociando, y el asunto se resolvió por transacción en un total de once semanas.⁵¹

Otro caso, frecuentemente citado por diversos autores tanto como ejemplo de "pequeño juicio" o de "juicio privado", como de la virtud de los MASC como instrumento útil para lograr soluciones imaginativas que pongan fin a los conflictos, es el de cierta controversia entre Texaco y Borden, con una cuantía superior a \$200 millones de dólares, consistente en una reclamación antimonopólica y de incumplimiento de contrato, transigida exitosamente entre ambas partes sin intervención de tercero neutral, mediante un acuerdo de suministro de gas a la segunda, mutuamente satisfactorio.⁵² Virtudes semejantes se han atribuido a la solución de ciertas controversias entre IBM y Fujitsu (\$833 millones de dólares), NASA vs. Spacecom y TRW, y otras.⁵³

8. Dispute Boards.

En la industria de la construcción y particularmente en Europa, así como en los Estados Unidos de América, tratándose de grandes proyectos se acude con creciente frecuencia al empleo de los llamados "Dispute Boards", que constituyen un mecanismo desarrollado y aplicado exitosamente por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) con sede en Lausana, Suiza.

Si bien la traducción literal del término "Dispute Boards" al español sería "consejos de solución de controversias" u otra expresión equivalente, actualmente este mecanismo es generalmente conocido internacionalmente bajo su denominación inglesa de "dispute boards", e incluso la Cámara de Comercio Internacional, "CCI", ha conservado esa expresión en las traducciones de sus Dispute Boards Rules a otros idiomas, incluyendo el francés y el español.

En su diseño original, los "dispute boards" fueron concebidos bajo dos modalidades principales, en función del alcance de sus facultades ante la controversia planteada, así como del alcance y finalidad de su intervención: (i) los "Dispute Review Boards" o "DRB's" (Comités de Revisión de Controversias), y (ii) los "Dispute Adjudication Boards" o "DAB's" (Comités de Adjudicación de Controversias).

En ambas modalidades, la mecánica de los "dispute boards" conlleva la inclusión en el contrato principal de una cláusula de solución de controversias conforme a esta modalidad, y la constitución o integración del "dispute board" simultáneamente con la celebración del contrato principal (generalmente mediante la designación de un miembro del dispute board por cada una de las partes y la designación de su presidente por estos dos miembros o por alguna institución), y la celebración de contratos idénticos de prestación de servicios con los tres miembros del dispute board. Acto seguido, mediante informes periódicos (generalmente mensuales) de las partes y reuniones periódicas (generalmente trimestrales o cuatrimestrales) con las partes, usualmente en el lugar de los trabajos, el dispute board se mantiene al corriente en el avance del proyecto y en el surgimiento y desenvolvimiento de las situaciones potencialmente controvertidas inherentes al mismo, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, para el caso de que surja una controversia entre las partes.

⁵¹ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution", cit.

⁵² Ibidem y, además, Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, 1ª. edición, antes citada.

⁵³ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

En caso de surgir la controversia, y dependiendo de lo convenido previamente por las partes en el contrato principal, el dispute board actuará como "Dispute Review Board" o "DRB" (Comité de Revisión de Controversias), o bien como "Dispute Adjudication Board" o "DAB". En el primer caso, con sus facultades de DRB y como su nombre lo indica, el dispute board emitiría una recomendación u opinión no obligatoria, como en el caso del proyecto vial de Boston que se comenta en este trabajo; y en el segundo caso, con sus facultades de DAB y como su nombre lo indica, el dispute board dictaría una resolución de tipo adjudicatorio —e inmediatamente obligatoria para las partes— como en el caso del Eurotúnel que también se comenta aquí, mas con la salvedad de que bajo esta modalidad del DAB, si bien la resolución sería inmediatamente obligatoria para las partes y éstas la ejecutarían en consecuencia, se trata de una resolución que es sólo contractualmente obligatoria y potencialmente transitoria, ya que queda sujeta a ulterior modificación, revocación o confirmación mediante el arbitraje convenido por las partes o, a falta de acuerdo de arbitraje, por la autoridad competente. Actualmente, los contratos tipo de FIDIC contemplan la modalidad de DAB, aunque ello no obsta para que las partes puedan convenir una modalidad distinta de así deseárselo.

En el caso del "DAB", la inmediata obligatoriedad de la resolución del dispute board, no obstante ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto, lo que es de particular importancia en el caso de proyectos complejos y de gran envergadura, en los que existe una gran interdependencia entre los diversos contratistas que participan en actividades coexistentes de las que depende la factibilidad de la ejecución del proyecto.

No obstante la naturaleza convencional de este tipo de mecanismos, gracias a la magnitud de los proyectos en que se les emplea y a la calidad de las partes que de manera consciente e informada convienen con convicción en su utilización, su nivel de eficacia es sobresaliente y permite sustraer la solución de las controversias del campo de las agencias procesales, para mantenerlo en el nivel sustantivo y teleológico que corresponde.

El nuevo "Reglamento de Dispute Boards" de la CCI, vigente a partir del mes de septiembre de 2004, además de aportar un útil dispositivo normativo para este mecanismo alternativo de solución de controversias contribuye con una interesante y novedosa modalidad de dispute board, que es el "Combined Dispute Board" o "CDB". Este nuevo tipo de dispute board es en esencia igual a sus predecesores "DRB" y "DAB", con la peculiaridad de que el nuevo "CDB" propuesto por la ICC está de origen destinado a actuar bajo la modalidad de "DRB" que arriba se describió, para emitir únicamente una opinión o recomendación no obligatoria, salvo que por acuerdo de ambas partes el dispute board deba actuar como "DAB" y dictar una resolución obligatoria, o bien alguna de las partes le solicite que actúe como "DAB" y dicte una resolución obligatoria para las partes, en cuyo caso, el dispute board (después de escuchar la opinión de la otra parte y atendiendo a la naturaleza de la controversia planteada) decidirá si procede que actúe como "DAB" o finalmente actuará únicamente como "DRB".

9. Solución Intermedia de Controversias o Mecanismos Intermedios de Solución de Controversias (Intermediate Dispute Resolution); cláusulas sobrepuestas (multi-tiered clauses).

Antes de continuar con la descripción de otros varios mecanismos, que en gran medida constituyen variaciones de los ya descritos, conviene referirse a la posibilidad de combinar dos o más mecanismos alternativos de solución de controversias, ya sea simultánea o sucesivamente, antes de acceder a la vía adversarial de solución.

La doctrina ha venido considerando por separado estos mecanismos, de popularidad creciente en proyectos de especial envergadura o complejidad y de largo plazo, y particularmente en el campo de la industria de la construcción, que consisten en la implementación de procedimientos simultáneos o sucesivos (tales como algunos de los mecanismos antes enunciados u otros) para la solución de ciertas controversias incidentales que surjan durante el desarrollo del proyecto y que, por su naturaleza, podrían ser resueltas o convendría resolver por separado, sin interrumpir el curso del proyecto y sin necesidad de acudir al mecanismo principal de solución de controversias

convenido por las partes o procedente conforme a la ley a falta de tal acuerdo (v.gr. arbitraje o tribunales ordinarios). En tiempos recientes, este tipo complejo de mecanismos de solución de controversias ha sido utilizado en proyectos magnos tales como los que a continuación se comentan.⁵⁴

(a) el Eurotúnel Francia/Inglaterra, en el que se utilizó un sistema de solución de controversias dividido en dos etapas principales: (i) designación de paneles permanentes de cinco expertos (dos designados por cada parte y un presidente neutral), que como se podrá advertir constituyeron una modalidad de los dispute boards que aquí se comentan, con la función de mantenerse informados permanentemente de la marcha del contrato para ulteriormente resolver las eventuales controversias mediante un panel transitorio ad hoc, integrado por el presidente del panel permanente original y por uno de los dos expertos designados por cada una de las partes; y (ii) de no resolverse la controversia en la primera etapa, con la intervención del panel ad hoc instituido para resolverla, recurso a arbitraje institucional conforme al Reglamento de Arbitraje de la ICC, teniendo Bruselas como lugar de arbitraje, con la obligación de las partes de continuar simultáneamente los trabajos objeto del contrato, así como de realizar los pagos respetivos y de dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones contractuales, mientras lo resuelto por el panel no fuese modificado o dejado sin efectos por el tribunal arbitral. Según refieren algunos autores, conforme a este sistema sólo cuatro controversias llegaron al arbitraje y dos de ellas fueron transigidas antes de dictarse el laudo arbitral.

(b) el Proyecto de Arteria Central/Túnel de Boston, para el que se diseñó un sistema de solución de controversias mediante cuatro procedimientos "filtro": (i) un instrumento meramente preventivo, conocido como "partnering", que consiste en educación a los contratistas para familiarizarlos sobre el alcance de su participación individual y de su interacción con otros contratistas y con el propietario del proyecto, de cara a la ejecución del proyecto principal, concebido éste como un todo; (ii) sometimiento de la reclamación a un representante autorizado, experto en la materia, encargado de investigar y resolver sobre la reclamación, de manera expedita e informal, como sucede en los proyectos a que están dirigidos los formatos de contratos para diseño y construcción o para construcción, de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC); (iii) de no estar las partes con la solución propuesta por el representante autorizado, pueden referir la cuestión a un Dispute Review Board o "DRB", designado desde celebración del contrato y usualmente familiarizado con el desarrollo de éste durante su vigencia; y (iv) mediación u otro mecanismo equivalente en cualquier tiempo, incluso durante el procedimiento ante el Dispute Review Board, antes de que éste emita su recomendación. Según la información existente, más del 90% de las controversias surgidas en este proyecto han sido resueltas conforme a este sistema.

(c) el Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong, para el que se diseñó un sistema mixto de solución de controversias en cuatro etapas: (i) sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero; (ii) mediación, administrada por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, como requisito previo a la adjudicación; (iii) procedimiento sumario de adjudicación, con una verdadera instrucción de causa ante un adjudicador, facultado para dictar una resolución; y (iv) de no aceptar las partes la resolución del adjudicador, solución de la controversia mediante arbitraje ad hoc, teniendo al Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong como autoridad nominadora del árbitro.

10. Juicio Privado o "rente un juez" (rent a judge).

Este MASC, típicamente estadounidense, es totalmente extraño a la práctica mexicana y sólo es digno de mención por ser ampliamente conocido en el medio, así como por la posibilidad de inspirarse en alguna de sus

⁵⁴ Ver, entre otros, Henry J. Brown y Arthur L. Marriott Q.C., ADR Principles and Practice. Sweet & Maxwell, London, 2a. edición, 1999 Henry J. Brown y Arthur L. Marriott Q.C., ADR Principles and Practice. Sweet & Maxwell, London, 2a. edición, 1999; Jan Paulsson, Nigel Rawding, Lucy Reed y Eric Schwartz, The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. Kluwer Law International, The Hague-New York-Boston, second revised edition, 1999.

características para conducir, con fines meramente evaluatorios, algún procedimiento con cierta semejanza material aunque desde luego no vinculante.

Este procedimiento, considerado por algunos -no sin razón- "denominado irreverentemente", tiene cierta semejanza con el pequeño juicio y consiste en que las partes seleccionan un abogado, generalmente un juez retirado, que resuelve la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal.

Algunos autores, sin embargo, llegan a cuestionar la idoneidad de los jueces retirados por considerar que su formación profesional, encaminada a dilucidar los derechos subjetivos para dictar una resolución adjudicatoria, en ocasiones pudiera hacer menos eficaz la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables, al margen de los derechos que pudieran tener las partes en disputa.

Este tipo de MASC también fue previsto en la ley del Estado de California como un procedimiento "referido", en virtud de que el asunto podría ser remitido por el juez del conocimiento a un tercero privado, con la implicación de que se invertiría al "juez privado" de facultades similares a las del juez ordinario y la sentencia, que sería obligatoria, sería apelable ante los tribunales estatales.

Uno de los casos resueltos con la utilización de este MASC, fue cierta controversia entre Johnny Carson y la cadena NBC.⁵⁵

11. Juicio Sumario ante Jurado (summary jury trial).

Este procedimiento, igualmente extraño a México y cuya creación se atribuye al Juez Thomas Lambros, consiste en la integración de un jurado que oye los argumentos de las partes, generalmente sin recepción de pruebas y sin el examen de testigos, y emite una resolución no obligatoria.

Este MASC, que tiene también una naturaleza y una finalidad evaluatorias, parece gozar de creciente aceptación en los Estados Unidos de América y es útil en casos en que las partes tienen una gran discrepancia sobre el monto de indemnizaciones, o cuando no tienen una percepción realista del asunto controvertido y desean someterlo al examen imparcial de un jurado para evaluar sus posiciones, anticipándose así a lo que podría suceder en un juicio real. Este mecanismo es un tanto similar al "Juicio Privado", con la diferencia principal de que mientras que en el antes mencionado el tercero es una sola persona, en este mecanismo es un jurado.

El caso más conocido resuelto bajo este procedimiento, es el de una reclamación de los propietarios de una planta nuclear contra General Electric, por \$360 millones de dólares de indemnización por daños ("compensatory damages"⁵⁶) y más de \$1 billón de dólares por daños punitivos ("punitive damages"⁵⁷). En dos semanas, el jurado absolvió a General Electric por todas las reclamaciones, y la parte actora convino en transigir el caso por "sólo" 78.3 millones de dólares.⁵⁸

12. Evaluación Neutral Temprana (Early Neutral Evaluation).

⁵⁵ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

⁵⁶ Este tipo de daños, consiste en la indemnización que, como su nombre lo indica, se paga a quien sufrió el daño para compensarlo por ello.

⁵⁷ Este tipo de daños, conocidos literalmente como "daños ejemplares" o "daños punitivos", suele representar una cantidad sustancialmente mayor a la pérdida o daño sufrido por la víctima y tiene como finalidad castigar una conducta especialmente maliciosa o deliberadamente negativa por parte del ofensor.

⁵⁸ Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

Este es un mecanismo iniciado en 1985 en el Juzgado de Distrito de los Estados Unidos del Norte de California, y emulado en otras jurisdicciones, empleado por lo general en forma voluntaria, mediante el cual se remite el asunto a un abogado ajeno a las partes, cuya misión se limita a realizar una evaluación neutral del caso para determinar la forma de conducir el litigio de manera eficiente. Este esquema, concebido como un instrumento para forzar a las partes a una instrucción más eficiente de la causa en vista de las complicaciones del sistema de discovery estadounidense, derivó en el otorgamiento de facultades de facilitador al abogado designado, para que buscara la posibilidad de una transacción entre las partes para evitar la continuación del juicio.

13. Evaluación del Caso (Case Evaluation).

Este mecanismo, existente en el Reino Unido, fue utilizado con frecuencia por los sindicatos de seguro de Lloyd's para la valuación de coberturas de reaseguro. Consiste en un procedimiento ante un panel, en el que pueden examinarse testigos y se pueden presentar alegaciones orales y escritas, para llegar a una evaluación no obligatoria para las partes, sin perjuicio de sus respectivos derechos, cuyas conclusiones pueden ser utilizadas como base para iniciar, mediante un procedimiento de conciliación, discusiones encaminadas a una posible transacción.

14. Decisión no Obligatoria (non binding ex-parte adjudication of patent disputes or trade secret misappropriation).

Este MASC, con evidente semejanza con el mecanismo para "determinación por experto neutral", consiste en un acuerdo mediante el cual las partes confían la resolución sobre su discrepancia en materia de patentes o secretos industriales o comerciales, a un tercero llamado "adjudicador", quien analiza la información proporcionada por las partes y emite una opinión desde el punto de vista estrictamente técnico, para resolver la cuestión objeto de discrepancia en forma no obligatoria.

Este sistema de solución de la controversia a través de un adjudicador, se encuentra en diversos escenarios, como es el de aquellos proyectos de objeto muy específico y corta duración, para los que está destinado el formato de "Contrato Corto" de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

15. Oyente Neutral (neutral listener).

En este procedimiento, las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por ellas, a la que cada una de las partes hace llegar su mejor propuesta, que analiza el oyente neutral para determinar si ambas propuestas están lo bastante cercanas como para celebrar reuniones de negociación entre las partes. Como se aprecia, este mecanismo tiene algunas semejanzas con la mediación.

16. Investigación (survey).

En virtud de que con frecuencia las controversias se originan en un desacuerdo sobre un hecho determinado, de autenticidad incluso no comprobada, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración del hecho en cuestión, encomendando su investigación a un tercero independiente ("surveyor"), que puede ser una persona física, una institución o una comisión. Aun cuando por lo general el resultado de la investigación no es obligatorio para las partes, que pueden o no conformarse con el mismo, con este instrumento las partes pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasiona su discrepancia, para así determinar la acción a seguir.

17. Consulta (consultation).

Mediante este procedimiento, usual en derecho internacional público, las partes consultan entre sí ante un amago de conflicto o bien al surgir cualquier evento o circunstancia urgente o relevante que pueda afectar las relaciones entre ellas, para la adopción de las medidas pertinentes. Las partes pueden también convenir en un calendario de consultas periódicas, así como en el objeto habitual o permanente de las mismas, dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un mecanismo similar, es también aplicable a relaciones privadas.

Asimismo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contempla, en su Capítulo XI (Inversión), diversos procedimientos arbitrales para la solución de controversias en materia de inversión, que imponen la obligación de intentar dirimir la controversia por vía de consulta o de negociación, antes de acudir al arbitraje.

18. Adaptación de Contratos (adaptation of contracts).

Este MASC fue diseñado por la Cámara de Comercio Internacional, "CCI" con el propósito de ofrecer un mecanismo que permitiese adaptar en el futuro los términos originales de un contrato mediante la intervención de un tercero independiente e idóneo, actualizándolo para hacerlo operante en las circunstancias actuales o para llenar ciertas lagunas contractuales. El acuerdo para recurrir a este mecanismo, podría existir en el contrato mismo o podría ser celebrado con posterioridad.

Este mecanismo fue concebido como un instrumento destinado a adaptar los términos de los contratos a diversas circunstancias cambiantes, particularmente en materia económica y tecnológica, principalmente en el caso de contratos a largo plazo y en aquéllos en que sean previsibles cambios drásticos en las circunstancias prevalecientes en el momento de su celebración, considerando que en los diversos sistemas jurídicos la teoría de la imprevisión (cláusula rebus sic stantibus) no siempre es aplicable automáticamente.

Contrariamente a las expectativas que le dieron origen, este instrumento no ha llegado a ser utilizado en la práctica por la ICC y, conforme a lo referido por Craig, Park y Paulsson,⁵⁹ entre otros, ello puede atribuirse a que por una parte los contratantes que enfrentan situaciones imprevistas con motivo de un cambio de circunstancias, en caso de controversia parecen preferir el arbitraje como medio para su solución; y, por otra parte, se cuestiona la posibilidad jurídica de que, aún en el caso de arbitraje en equidad o con facultades de amigable componedor (y consecuentemente menos aún mediante un mecanismo de adaptación de contratos) tenga un tercero la facultad de modificar los términos originales de un contrato, sustituyendo la voluntad de las partes que lo celebraron.

VI. Transacción.

En virtud de que contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, la resolución obtenida mediante un MASC no es ejecutable, al concluir exitosamente un MASC es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes o de la resolución dictada por el tercero que condujo el MASC, en caso de que las partes hayan acordado que dicha resolución sería obligatoria.

Cuando el MASC ha sido implementado de manera previa a un procedimiento de arbitraje o como parte de éste, es aconsejable elevar la resolución obtenida mediante el MASC a la categoría de laudo transaccional o de laudo por acuerdo de las partes, para hacerla ejecutable al amparo del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y de las diversas convenciones internacionales aplicables, en especial la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (Convención de Nueva York).

⁵⁹ W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, NY, 3a. edición, 2000.

Cuando se ha implementado un MASC de manera independiente y se ha resuelto la controversia en virtud de éste, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo en los términos del Código Civil y de la jurisprudencia existente al respecto. Asimismo, es importante tener en cuenta lo que señala la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional", que se comentó en páginas anteriores.

Como ejemplo de las tres más típicas figuras autocompositivas, Alcalá-Zamora⁶⁰ señala el desistimiento, el allanamiento y la transacción; y clasifica la transacción como "equivalente jurisdiccional", sosteniendo que la conciliación "... o desemboca en fracaso, y no puede reputarse 'equivalente jurisdiccional', o conduce a una avenencia, y entonces ... se reducirá a cualquiera de las mencionadas formas de autocomposición ..." que, como se dijo, son el desistimiento, el allanamiento y la transacción; y, "... la nota común a todas las figuras enunciadas es la de que en ellas la decisión del conflicto se obtiene sin la participación del juez nacional público, o bien con su presencia, pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente...",⁶¹ es decir, que no imparte jurisdicción, al no ser quien diga el derecho o resuelva la cuestión controvertida.

La transacción, que autores como Alcalá-Zamora consideran como un medio autocompositivo por excelencia, constituye la culminación del procedimiento de autocomposición. En el moderno concepto de medios alternativos de solución de controversias, la transacción viene a representar la culminación -y, en nuestro sistema jurídico la formalización- de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, de la mediación o de aquel otro tipo de "MASC" con el que hubiesen logrado dirimir sus discrepancias de manera mutuamente satisfactoria.

Al respecto, es interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora,⁶² de que la conciliación "... no es una forma distinta de autocomposición y sí únicamente un medio especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de **transacción** entre ambos..."

La importancia jurídica de la transacción, una vez formalizada, la pone en relieve el propio Alcalá-Zamora⁶³ al afirmar que "... la autocomposición puede asimismo funcionar una vez concluida la fase de conocimiento del proceso, a saber: durante la ejecución de la sentencia firme" y, como apoyo, cita el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que entre otras admite la excepción de transacción para oponerse a la ejecución de sentencias y convenios judiciales, así como el compromiso en árbitros; mismos que deben constar por instrumento público, por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial.⁶⁴

Desde el punto de vista gramatical, se entiende por transigir "...consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia", así como "...ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa."⁶⁵

⁶⁰ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 14 y 15.

⁶¹ Idem, pp. 73 y 74.

⁶² Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pag. 452. La utilización de negrilla, es nuestra.

⁶³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pag. 16.

⁶⁴ La reforma al artículo 531 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996, no afecta lo arriba señalado al respecto.

⁶⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, vigésimo segunda ed.

En el derecho estadounidense, se describe la transacción ("settlement"), como "...un convenio que termina una disputa o demanda"⁶⁶

En derecho argentino, el tratadista Carlos A. R. Lagomarsino⁶⁷ afirma que "...uno de los medios de extinguir las obligaciones que enuncia el artículo 724 del Código civil [argentino] es la transacción", a la cual atribuye una naturaleza jurídica contractual, con base en el artículo 832 del Código Civil [argentino], que señala que "la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas."

En el derecho positivo mexicano, el artículo 2944 del Código Civil Federal señala que "la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura."

Eduardo Pallares, al hablar de la conciliación, señala que "... la diferencia que la distingue de la transacción ... [es que] ... para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe."⁶⁸

No obstante que conforme al artículo 2945 del Código Civil Federal, la transacción preventiva de controversias futuras debiera constar por escrito sólo en aquéllos casos en los que el interés del negocio excediese de \$200.00, por las razones que adelante se comentan y en atención a la interpretación del Poder Judicial Federal, se debe entender que, en la práctica, debe constar por escrito en todos los casos.

También es importante que el convenio sea sancionado por el juez en el caso de la transacción judicial y es necesario elevar el convenio transaccional a la categoría de laudo, en aquéllos casos en que la transacción se celebra dentro de un procedimiento arbitral. En el caso de la transacción extrajudicial, es necesario elevar a escritura pública el contrato que la contenga, para lograr su eficacia plena y la posibilidad de hacer exigible lo convenido en la transacción, en la vía ejecutiva.

Por lo que respecta a la materia de la transacción, debe tenerse presente que, conforme a las diversas disposiciones del Código Civil Federal, no se puede transigir respecto de los conceptos que el mismo señala, o es nula la transacción que se celebre respecto de los mismos.

Conforme al artículo 2953 del Código Civil Federal, "la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley."

No obstante lo dispuesto por dicho artículo, la posibilidad de hacer valer la transacción como si fuera cosa juzgada, así como de hacerla exigible en la vía ejecutiva, ha representado problemas en la práctica. Al respecto, el Poder Judicial Federal ha resuelto que, para alcanzar la categoría de cosa juzgada, la transacción requiere, en forma expresa, de aprobación judicial;⁶⁹ es improcedente la ejecución de la transacción en la vía de apremio, cuando ha sido celebrada en

⁶⁶ Black's Law Dictionary, Thomson West, 8a ed., pag. 1405. La traducción es nuestra.

⁶⁷ Carlos A. R. Lagomarsino, "Transacción", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1986, t. XXVI, pp. 342-344.

⁶⁸ Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, op. cit., pp. 154-155.

⁶⁹ Amparo en revisión 312/93, Samuel Marmorí Reyes, 20 de enero de 1994. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Epoca, t. XIII, marzo, p. 511, 2o. Trib. Col. 1er. Circ.

contrato privado;⁷⁰ y ha resuelto también, que los contratos de transacción celebrados en forma judicial o extrajudicial, tienen calidad de cosa juzgada y es procedente su ejecución en la vía de apremio.⁷¹ Finalmente, la propia Suprema Corte Justicia ha resuelto el problema en contradicción de tesis al declarar la definitividad de las transacciones por ser cosa juzgada, al así disponerlo el Código Civil; aun cuando sin resolver en la contradicción lo relativo a la forma; respecto a la cual, cabe concluir que se deben satisfacer los requisitos necesarios para que el documento en que se le formalice el convenio de transacción traiga aparejada ejecución.⁷²

Conforme al artículo 2962 del Código Civil Federal, "las transacciones deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, a menos que otra cosa convengan las partes" y, conforme al artículo 2963 del mismo Código, "no podrá intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción, sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido, a virtud del convenio que se quiera impugnar."

Conforme a todo lo señalado en párrafos anteriores, se puede resumir la naturaleza de la transacción considerándola como un contrato bilateral, formal, oneroso, de interpretación estricta e indivisible, que produce título ejecutivo y tiene naturaleza judicial cuando se celebra dentro de juicio y extrajudicial cuando se celebra fuera de juicio, caso en el cual, debe elevarse a escritura pública, con excepción del caso en que se celebra dentro de juicio arbitral, en cuyo caso, para su eficacia y fuerza ejecutiva, deberá elevarse a la categoría de laudo transaccional.

⁷⁰ Amparo en revisión 1722/93, Inmobiliaria Cuemanco, S.A., 29 de octubre de 1993. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. XII, diciembre, p. 984, 2o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

⁷¹ Amparo en revisión 149/91, María del Carmen Pardo de Candia, 25 de abril de 1991. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. VII, junio, p. 453, 5o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

⁷² Jurisprudencia 41/2000, 9ª. Época, t. XIII, febrero 2000, página 55, registro 190243, Primera Sala.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- , *Derecho Procesal Mexicano*. 2a. ed., Porrúa, México, 1985, t. I.
- ALVAREZ, Gladys S., et al., *Mediación y Justicia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Azar Mansur Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*. Breviarios Jurídicos, Porrúa, México, 2003.
- Barajas Montes de Oca Santiago y Ricardo Méndez Silva, "Conciliación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2002, t. II; *Black's Law Dictionary*. 8a. ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2004; Bourton Steven J., "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1995, Vol. 18:637; Brown, Henry J. y Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*. 2a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999; Büring-Uhle Christian, *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996; Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue*, 1994, Center for International Legal Studies. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994; Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1; Craig, W. Laurence, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a. ed., Oceana Publications, Inc., N. York/ICC Publishing, S.A., Paris, 2000; Cruz Barney Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", en *Ars Iuris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2000, No. 23; Cruz Miramontes Rodolfo y Oscar Cruz Barney, *El Arbitraje*. 1º. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Porrúa, México, 2004; de Boisseson Matthieu, "Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1999, vol. 15, No. 4; Díaz Luis Miguel y Nancy A. Oretskin (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*. JurisNet, Yonkers, N.Y., 1999; Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 1996, No. 26; Estavillo C. Fernando, "Mediación", en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2006; Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2006; Fairén Guillén Víctor, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994; Folberg Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Asencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992; Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966; Goldberg Stephen B., Frank E. A. Sander y Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*. Little, Brown and Company, Boston, 1992; González Calvillo Enrique, "La Mediación en México", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1999, No. 29; González de Cossío Francisco, *Arbitraje*. Porrúa, México, 2004; Gozaíni Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176; Gozaíni Osvaldo Alfredo, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; Graham Tapia Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*. 1a. ed., Editorial Themis, México, 2000; Herrera Trejo Sergio, *La Mediación en México*. 1º. ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. (FUNDAp), México, 2001; Hunter Martin, "International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 2000, vol. 16, No. 4; Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*.

Nolo Press, Berkeley, 1996; Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, No. 1; Milia Fernando A., *El Conflicto Extrajudicial*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997; Monroy Cabra Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press-Harla de Colombia, Santafé de Bogotá, 1997; Ovalle Favela José, "Instituciones No Jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, No. 176; Paulsson Jan, Nigel Rawding, Lucy Reed y Eric Schwartz, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. 2a. ed. revisada, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 1999; Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Conciliación" y "Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995; Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill, 1997; Redfern Alan y Martin Hunter, con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4a. ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2004; Rodríguez González-Valadez Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*. 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999; Roebuck Derek, "Sources For the History of Arbitration", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1998, vol. 14, No. 3; Uribarri Carpintero Gonzalo, *El Arbitraje en México*. 1a. ed. Oxford University Press, México, 1999; Valdés Sánchez Roberto, *La Transacción. Solución Alternativa de Conflictos*, 2ª. ed. Legis, Bogotá, 1998; Wilde Zulema D. y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Wilde Zulema D., "Mediación", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1996, Apéndice VII.

(c) Derechos Reservados. (c) Rights Reserved

Fernando Estavillo C.
Miranda & Estavillo, S.C.
Paseo de la Reforma No. 2654, Piso 9
Lomas Altas
11950 México, D.F.
Tel: (5255) 2167-2554
email: festavillo@mirest.com

Notas sobre la coexistencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en materia de Arbitraje Comercial Internacional¹

Por Julián Treviño Meixueiro*

Introducción

De los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, mejor conocida como la “Convención de Panamá”², puede llegar a afirmarse que dicha Convención tiene antecedentes propios y una fuente de inspiración distinta a la Convención de Nueva York.³

Sin embargo, ello puede ser cierto respecto de los primeros proyectos que de dicha convención se discutieron, pero no resiste una comparación entre el texto finalmente aprobado y el articulado de la Convención de Nueva York, particularmente en relación con el tema central de ambas convenciones, es decir, las causales limitativamente señaladas para denegar la ejecución de un laudo arbitral.⁴

Es verdad que cada una de dichas convenciones tiene ciertos rasgos distintivos y, en tal virtud, el potencial de conflicto en su aplicación, pero la parte medular en ambos instrumentos es prácticamente idéntica. De ahí que no pocos especialistas en el ámbito del arbitraje comercial internacional cuestionen la utilidad real de la Convención de Panamá hoy en día, especialmente cuando la vasta mayoría de los países que han ratificado la Convención de Panamá, lo han hecho también respecto de la de Nueva York. Ésta última goza de un alcance verdaderamente mundial y no únicamente regional, como sucede con la primera.⁵ En relación con esto, cabe apuntar que a pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente americano, ningún país fuera del ámbito de la OEA la ha ratificado.⁶

Sin embargo, no es el caso restarles mérito a los redactores de la Convención de Panamá en el desarrollo regional del arbitraje. No hay que perder de vista que en los años en que se discutió y aprobó, un número considerable de países optaron por suscribir o ratificar la Convención de Panamá en lugar de la de Nueva York. No sabemos si ello obedeció en todos los casos a un afán de fortalecimiento de identidad regional, o razón similar, pero, en cualquier

*El autor es miembro de la Comisión de Arbitraje de ICC México. Ha actuado como coárbitro, presidente del tribunal arbitral, árbitro único o como abogado de parte en varios procedimientos conforme a las reglas de las principales instituciones, incluyendo la CCI, AAA/ICDR, CANACO, CAM, ICSID, CAMCA, y en procedimientos ad-hoc. Está admitido para el ejercicio profesional de la abogacía en México y Nueva York (jtrevino@trevinonet.com).

¹ Ponencia presentada en el seminario “50 años de la aplicación de la Convención de Nueva York: Acuerdos Arbitrales y Ejecución de Laudos”, organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México) el 9 de abril del 2008.

² Adoptada en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975. Conforme a la propia Convención (Art. 10) entró en vigor el 16 de junio de 1976. En México, vigente a partir del 26 de abril de 1978 (publicada en el D.O.F. el 26 de abril de 1978).

³ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita el 10 de junio de 1958. Vigente en México a partir del 13 de julio de 1971 (publicada en el D.O.F. el 22 de junio de 1971).

⁴ Ver Artículo V de la Convención de Nueva York y Artículo 5 de la Convención de Panamá.

⁵ A la fecha del presente trabajo, dieciocho países han ratificado la Convención de Panamá, mientras que ciento cuarenta y dos lo han hecho respecto de la Convención de Nueva York.

⁶ Artículo 9 de la Convención de Panamá: “La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado.”

caso, se trató de un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica. También debe señalarse que su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas que en materia de arbitraje han aprobado varios países latinoamericanos en las últimas décadas. Un caso notable fue Brasil, quien fuera uno de los signatarios originales de la Convención de Panamá, pero que no ratificó la Convención de Nueva York sino hasta junio del 2002. Durante años, el único instrumento internacional al alcance de quien pretendiera ejecutar un laudo arbitral en el gigante sudamericano, era la Convención de Panamá.

Antecedentes generales de la Convención Interamericana

El alcance que originalmente se ideó para la convención interamericana, era mucho mayor que el texto finalmente aprobado en 1975. Inicialmente, se pretendió crear un sistema interamericano uniforme en materia de arbitraje, abarcando no sólo aspectos relacionados con la ejecución de laudos o aspectos de procedimiento, sino también de regulación sustantiva. Los trabajos iniciales apuntaban a la creación de una legislación regional uniforme en la materia.

En 1953, el Comité Jurídico Interamericano (CIJ)⁷ elaboró un proyecto de “Ley Uniforme” en materia de arbitraje. El proyecto fue modificándose hasta que el texto definitivo fue aprobado durante la reunión del CIJ en México en el año 1956, con el título “Proyecto de Ley Uniforme Interamericana sobre Arbitraje Comercial”. El propio título sugiere la intención de alcanzar una unificación de legislaciones nacionales en la región, con mayor alcance incluso que el una ley modelo.

Debe hacerse notar que, aunque el proyecto de ley uniforme nunca fructificó como tal, varias de sus disposiciones sobrevivieron, e incluso, acabaron por recogerse en el texto de la Convención de Panamá. Tal es el caso, con algunas variantes, de los Artículos 1 al 4 de la Convención.

La CIDIP I

Un proyecto alternativo al de ley uniforme de 1956 fue elaborado posteriormente, impulsado principalmente por las delegaciones de Brasil, Estados Unidos y México. Dicho proyecto se convertiría en 1967 en la propuesta de Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, la cual, con algunas modificaciones, fue introducida como tema de discusión en la primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (la “CIDIP I”), celebrada en la Ciudad de Panamá en 1975.

Hay que señalar que el texto que inicialmente se puso sobre la mesa de la CIDIP I, fue sustituido, durante la propia conferencia, por un proyecto distinto elaborado por varias delegaciones, incluyendo las de Brasil, México y Estados Unidos.⁸ Fue este proyecto el que se inspiró en buena medida en la Convención de Nueva York, y cuyo texto definitivo se convirtió, el 30 de enero de 1975, en la Convención de Panamá.

Principales diferencias entre ambas convenciones

Más que diferencias, diversos autores las subrayan como importantes omisiones en la versión interamericana.⁹ Destacan entre los puntos no contemplados por la Convención de Panamá, los siguientes:

⁷ “El Comité tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización [OEA] en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente” (Art. 3 del Estatuto del CIJ).

⁸ Santos Belandro, Rubén B., Arbitraje Comercial Internacional, Tendencias y Perspectivas, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 183.

⁹ Van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1981, p. 102.

- (i) No define su ámbito de aplicación (cfr. art. I Conv. NY);
- (ii) no señala nada respecto a la ejecución del acuerdo de arbitraje (cfr. art. II(3) Conv. NY); y
- (iii) omite señalar los documentos y demás condiciones que deben satisfacerse para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (cfr. art. IV Conv. NY);

Entre otras particularidades de la Convención de Panamá, debe subrayarse su Artículo 3, el cual dispone que a falta de acuerdo entre las partes, el arbitraje se sustanciará conforme a las reglas el procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). No obstante, esta disposición colisiona con lo señalado en el Artículo 5(d) de la misma convención, al establecer como causa de denegación de ejecución del laudo arbitral, el que el procedimiento no se hubiera ajustado a la Ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje.

Esta evidente contradicción obedece, en opinión de algunos autores, a que la Convención de Panamá copió, en forma casi idéntica, el Artículo V de la de Nueva York, olvidando sus redactores armonizar los Artículos 5 y 3 de la misma.

Posibles conflictos entre ambas convenciones

El análisis de los posibles conflictos entre ambas convenciones será analizado en detalle por los siguientes expositores. Sirva por ahora señalar que, de acuerdo con reglas generales de aplicación de normas concurrentes, los posibles conflictos pueden resolverse aplicando los siguiente criterios: (i) norma posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), (ii) la norma especial deroga a la general (*lex specialis derogat generali*), o bien (iii) el que establece que debe prevalecer la norma más favorable o de máxima eficacia (*favor negotii* o *règle d'efficacité maximale*).

En nuestra opinión, la tendencia en la doctrina y práctica internacionales, respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, se inclina por la tercera opción, es decir, que deba prevalecer aquella norma que favorezca en mayor medida la ejecución del laudo arbitral.

La Convención de Nueva York opta por la aplicación de la norma de mayor eficacia, tanto para el caso de la legislación interna del país de ejecución, como para el caso de posible aplicación de otro tratado o convención.

El Artículo VII(1) de la Convención de Nueva York establece, como regla general, que la misma no afectará la validez de acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, que sean celebrados por los Estados contratantes de la de Nueva York, ni privarán a ninguna parte interesada de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer un laudo arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país en donde dicho laudo se invoque.

Aplicado al caso concreto de ejecución de laudos, puede decirse que el principio de máxima eficacia significará que si un laudo resulta no ejecutable conforme a un tratado, pero ejecutable conforme a otro, este otro instrumento deberá aplicarse, sin que sea relevante cuál de ellos es de adopción posterior o de aplicación especial.¹⁰

¹⁰ Mención especial merece la regla establecida al respecto en la ley por la que se instrumentó en los Estados Unidos la Convención de Panamá, que dispone que cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de una y otra convención, si la mayoría de las partes involucradas son nacionales de un Estado o Estados que han ratificado la Convención de Panamá y son Estados miembros de la OEA, se aplicará esta última sobre la de Nueva York (§305 United States Arbitration Act).

Resulta importante señalar que, conforme a los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, y en virtud de la interdependencia de sus disposiciones, no puede concebirse una combinación de reglas contenidas en otros tratados o en la legislación doméstica con miras a la ejecución de un laudo arbitral. Es decir, si tras la aplicación de alguno de los criterios arriba apuntados para determinar la aplicación de normas concurrentes, se llegase a la conclusión de que la Convención de Nueva York debe prevalecer (el mismo caso sería si se concluye que la norma interna u otro tratado debe prevalecer), ésta deberá aplicarse en su totalidad, con exclusión de las demás normas o reglas.

En nuestra opinión, si se trata de solicitar la ejecución de un laudo extranjero en México, dictado en un país miembro de ambas convenciones, bastará con hacer referencia a la Convención de Nueva York, además de que nuestra legislación relativa a la ejecución de laudos refleja las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, la que a su vez las toma de la Convención de Nueva York.

En vista de lo anterior, no parece claro el futuro de la Convención Interamericana, ni la utilidad o su razón de ser hoy en día. Es por ello que no pocos autores o usuarios del arbitraje incluso han sugerido su desaparición. Si ese llegase a ser el caso algún día, habría que darle honrosa despedida, pues sin duda contribuyó a la evolución del arbitraje comercial internacional en nuestro continente, y ese, es mérito suficiente.

Renuncia del derecho a objetar El caso infored*

Cecilia Flores Rueda**

Las partes en el arbitraje tienen derecho a objetar cualquier irregularidad del procedimiento, en caso de que llegue a presentarse; por ejemplo, si el tribunal arbitral ignoró alguna disposición aplicable al procedimiento o si el tribunal no se integró conforme a lo previsto en el acuerdo de arbitraje. La parte afectada debe objetar la irregularidad tan pronto como tenga conocimiento de ésta, ya que de lo contrario se considera que ha renunciado a su derecho a hacerlo. Por esta razón, no se puede presentar una objeción después de que se haya iniciado un procedimiento ante los tribunales judiciales, con el propósito de atacar el laudo, si dicha objeción no se hizo valer en el arbitraje.

En el caso Infored,¹ el laudo que se dictó fue anulado en una primera instancia, por considerar que el tribunal arbitral no se había integrado conforme al acuerdo de arbitraje. En dicho acuerdo, las partes establecieron que los árbitros debían “ser expertos en la materia en cuestión” y en opinión del juez que anuló el laudo, los árbitros que integraron el tribunal arbitral no lo eran; sin embargo, las partes no hicieron valer tal objeción durante el arbitraje, por lo que renunciaron a su derecho a objetar.

Después de ir y venir a través de distintas instancias judiciales, la validez del laudo en el caso Infored se confirmó, reafirmando así el respeto a los acuerdos de voluntades y la ejecución de los mismos por parte del sistema judicial mexicano.

1. Renuncia del derecho a objetar

El artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que: “Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del Tribunal Arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del Tribunal Arbitral o con el desarrollo del proceso, ha desistido de su derecho a objetar.”²

* El presente análisis fue elaborado con base en la información disponible en la página www.grupomonitor.com.mx

Las ideas expresadas por la autora no necesariamente corresponden a la postura de Santamarina y Steta sobre el tema.

** Abogada del Área de Arbitraje y ADRs de Santamarina y Steta. Presidenta del Comité de Jóvenes Árbitros de la Cámara de Comercio Internacional en México (YAF ICC México). Delegada por México ante el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL). Maestra de la cátedra de Arbitraje y ADRs en la Especialidad de Derecho de Empresa de la Universidad La Salle. Durante 6 años se desempeñó como Secretario General del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). Correo electrónico: cflores@s-s.com.mx

¹ Caso No. 12138/KGA de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre Infored, S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó en contra de Grupo Radio Centro S.A. de C.V. (ahora Grupo Radio Centro, S.A.B. de C.V.).

² Reglamento de Arbitraje de la CCI en vigor desde el 1º de enero de 1998 (Reglamento de Arbitraje).

Disposiciones similares están contenidas en otros reglamentos de arbitraje, como: el Reglamento de Arbitraje Internacional del International Centre for Dispute Resolution (ICDR) (artículo 25), el Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA) (artículo 32.1) y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (artículo 30). Asimismo, diversas legislaciones sobre arbitraje prevén disposiciones similares, como: el Código de Comercio mexicano (artículo 1420), la ley de arbitraje inglesa (Arbitration Act 1996) (sección 73) y la ley de arbitraje canadiense (International Commercial Arbitration Act RSBC 1996) (artículo 4).

Dicho artículo enuncia el principio conocido como renuncia del derecho a objetar,³ conforme al cual una parte no puede alegar irregularidades del procedimiento, si no las hizo valer en tiempo, habiendo podido hacerlo. La falta de objeción oportuna de la parte afectada, da lugar a asumir que tenía conocimiento de que se había dejado de cumplir algún requisito, pero decidió no hacer valer su derecho, por lo que en el futuro no puede alegarlo legítimamente.

1.1. Conocimiento de la irregularidad

La base del principio se encuentra en el conocimiento que la parte afectada tuvo de la irregularidad. Por tanto, el conocimiento es un elemento esencial para considerar que hubo renuncia. Éste puede probarse directamente o inferirse de situaciones que demuestren que la parte conoció la irregularidad.

1.2. Sobre disposiciones no imperativas

Conforme al señalado artículo 33 del Reglamento de Arbitraje, la irregularidad o incumplimiento debe versar sobre cualquiera de las disposiciones del Reglamento, cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, cualquier instrucción del tribunal arbitral o cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con el desarrollo del proceso. Esto es, sobre disposiciones no imperativas o que admiten ser modificadas por las partes,⁴ aunque por ser el arbitraje un procedimiento consensual, son pocas las disposiciones que no pueden ser modificadas por las partes.

1.3. Momento para hacer valer la objeción

En cuanto al momento para hacer valer la objeción, el referido artículo 33 señala que se presumirá que la parte afectada ha renunciado a su derecho a objetar cuando “proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento”. Al respecto se considera que:

(a) De haberse establecido un plazo para ello, la objeción debe presentarse dentro de ese plazo. Por ejemplo, hay disposiciones que establecen un plazo para que las partes hagan valer sus objeciones, tal es el caso del artículo 7 del Reglamento de Arbitraje, que establece que la Secretaría comunicará a las partes los hechos o circunstancias susceptibles de poner en duda la independencia de la persona propuesta como árbitro y que fijará un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios.⁵

(b) De no haberse establecido un plazo, la parte afectada debe hacer valer la objeción de manera oportuna;⁶ y la oportunidad se determina dependiendo de las circunstancias de cada caso, por lo que no hay una regla a seguir.

Por otra parte, en caso de cualquier complicación durante el procedimiento, ésta puede solucionarse mediante la facultad del tribunal arbitral para conducir el arbitraje.⁷

³ Véanse las voces “abuse of right” y “estoppel” en Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations, (Glosario de términos y abreviaturas de arbitraje y ADR), 2a ed., Asociación Suiza de Arbitraje, ASA Special Series, núm. 27, Suiza, 2006, pp. 5 y 19. También véanse las voces “abuse of process”, “estoppel” y “waiver” en Black’s Law Dictionary, 6a ed. abreviada, West Publishing Co., Estados Unidos de Norteamérica, 1991, pp. 6, 383 y 1092 y las voces “abuso del derecho” y “preclusión” en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Porrúa, México, 1998, tomo I, p. 30 y tomo IV, pp. 2950 - 2952, respectivamente.

⁴ Hotzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., A Guide To The Uncitral Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History And Commentary, (Una guía a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: historia legislativa y comentario) Kluwer Law and Taxation Publishers, Países Bajos, 1989, p. 198.

⁵ Ibidem, pp. 199 - 200.

⁶ Ídem.

⁷ Artículos 15 y 35 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

1.4. Finalidad de la renuncia

La finalidad de la renuncia del derecho a objetar consiste en impedir que más tarde en el arbitraje se presenten objeciones de mala fe o que pudieron haberse hecho con anterioridad, o que en el procedimiento de reconocimiento y ejecución o en el de nulidad del laudo, la parte vencida trate de atacar injustificadamente el laudo.

Por lo anterior, para impedir que se considere que una parte ha renunciado al derecho a objetar, en caso de que se considere que se ha presentado alguna irregularidad en el procedimiento, la parte afectada debe protestarla, de modo que se entienda que no la ha consentido y pueda hacerla valer ya sea en el procedimiento de reconocimiento y ejecución o en el de nulidad del laudo.

1.5. Deriva del principio de buena fe

El principio de renuncia se entiende implícito en el de buena fe que rige el procedimiento de arbitraje.⁸ Además, se considera que “si el que puede hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe, puesto que debía haber manifestado su disentimiento”.⁹

Incluso, por esta razón, la disposición contenida en el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje pudo haberse omitido, sin embargo, el grupo de trabajo a cargo de las modificaciones del Reglamento de 1998, optó por plasmar el principio de renuncia de manera expresa.¹⁰

2. Casos en los que se consideró que se renunció al derecho a objetar

Varios han sido los casos en los que se ha considerado que una de las partes renunció al derecho a objetar. A continuación se hace referencia a algunos de ellos:

- En el caso *China Nanhai Oil Joint Service Corporation, Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.* la demandante solicitó la ejecución de un laudo de la Subcomisión de Shenzhen de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). La demandada se opuso a la ejecución del laudo alegando que la composición del tribunal arbitral no se había realizado conforme a lo estipulado en el acuerdo de arbitraje, ya que en éste se había designado como tribunal arbitral a la CIETAC de Beijing y no a la CIETAC de Shenzhen. El tribunal judicial de Hong Kong sostuvo que la demandada había renunciado a su derecho de plantear una cuestión de competencia al haber participado en el arbitraje de Shenzhen sin haber objetado su competencia.¹¹
- En un caso de la Federación Rusa, la demandante presentó un arbitraje ante la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, sin que la demandada objetara la competencia. Tras perder el caso, la demandada intentó que los tribunales estatales desestimaran el laudo, alegando que el tribunal arbitral no era competente para resolver la controversia. El

⁸ El principio de buena fe rige el arbitraje y está plenamente reconocido en los sistemas jurídicos. Por lo que hace al derecho mexicano, está expresamente previsto en ley en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, confirmado por la jurisprudencia y sostenido por la doctrina.

⁹ La Cruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullido, Francisco de Asís y otros, *Derecho de las Obligaciones*, Vol. I, 3ª ed., José María Bosch Editor, España, 1994, pp. 412 - 413.

¹⁰ Blessing, Marc, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, (Introducción al arbitraje - perspectiva suiza e internacional), Helbing & Lichtenhahn, Suiza, 1999, pp. 119 - 120.

¹¹ CLOUT, Caso 76, Hong Kong, High Court of Hong Kong (juez Kaplan), 13 de julio de 1994, resumen preparado por la Secretaría de UNCITRAL, www.uncitral.org.

Presidium del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia estimó que la demandada había objetado la competencia del tribunal arbitral cuando éste ya había dictado el laudo y en aquél momento ya había quedado establecido el acuerdo de arbitraje en forma de intercambio de escritos de demanda y contestación, en el cual una de las partes alegó la existencia de un acuerdo de arbitraje y la otra no lo negó. Asimismo, dicho Tribunal estimó que una parte que sabe que no se ha cumplido con alguna disposición de la Ley de Arbitraje Comercial de la Federación de Rusia, que las partes hubieran podido derogar, o con cualquier requisito estipulado en el acuerdo de arbitraje, y que a pesar de ello sigue adelante con el arbitraje, sin formular objeción respecto de ese cumplimiento sin retraso indebido, o, si se hubiere fijado un plazo para hacerlo, sin respetar dicho plazo, se considera que ha renunciado a su derecho a objetar.¹²

- En Alemania se presentó un arbitraje que versaba sobre el pago de una considerable suma de honorarios profesionales, adeudada a un despacho de abogados. En el procedimiento de ejecución del laudo, la parte vencida alegó que durante el arbitraje se habían presentado diversas irregularidades, sin embargo, el tribunal judicial determinó que conforme al Código de Procedimientos Civiles Alemán, que regula el arbitraje, había precluido el derecho para hacer valer irregularidades procesales del arbitraje.¹³

3. El caso Infored

3.1. Antecedentes del caso

A continuación se presentan de manera abreviada los antecedentes del caso Infored:¹⁴

A) El contrato y el acuerdo de arbitraje

- Infored, S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó (Infored) iniciaron un arbitraje en contra de Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. (GRC) para resolver la controversia derivada del “Contrato de Prestación de Servicios de Producción de Noticiarios, Programas Informativos y Eventos Especiales” (Contrato), celebrado entre las partes.¹⁵
- En el acuerdo de arbitraje pactado en dicho Contrato,¹⁶ las partes establecieron lo siguiente en relación con la integración del tribunal arbitral: “El procedimiento de arbitraje se llevará ante tres árbitros neutrales, de acuerdo con lo establecido más adelante. Radio Centro designará un árbitro y el Conductor de Monitor de la Mañana e Infored designarán a otro dentro de los 15 (quince) días siguientes a la designación del último de los primeros dos. Los árbitros designarán de entre ellos a aquél árbitro que fungirá como presidente del tribunal, dentro de los 5 (cinco) días siguientes a la fecha de la última de sus designaciones. Si cualquier designación de los árbitros no se hace dentro de los plazos aquí establecidos, la CIC hará dicha designación a solicitud de cualquier parte. Los árbitros deberán ser capaces de leer, escribir y conversar con soltura tanto en inglés como en español y deberán ser expertos en la materia en cuestión.”¹⁷

¹² CLOUT, Caso 637, Federación de Rusia, Presidium del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, 24 de noviembre de 1999, resumen preparado por A. S. Komarov y B. R. Karabelnikov, www.uncitral.org. Publicado también en la revista *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* (International Commercial Arbitration), 2004, núm. 1.

¹³ CLOUT, Caso 659, Alemania, Oberlandesgericht Naumburg, 10 Sch 8/01, 21 de febrero de 2002, resumen preparado por Stefan Kröll, www.uncitral.org. Publicado también en *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtspreschungsreport* 71, 2003 y *Online Database on Arbitration Law* www.dis-arb.de.

¹⁴ Véase nota al pie 1.

¹⁵ Laudo rendido en el caso Infored, el 30 de enero de 2004, p.2, www.grupomonitor.com.mx.

¹⁶ Cláusula Vigésima Octava del Contrato, Laudo citado, pp. 3 - 4.

¹⁷ Énfasis añadido.

B) Integración del tribunal arbitral

- Ambas partes intervinieron en la integración del tribunal arbitral: Infored designó un árbitro, GRC designó al segundo y los árbitros así nombrados designaron al tercero, quien se desempeñó como presidente del tribunal arbitral.¹⁸
- Al hacer la designación del árbitro que le correspondía, GRC incluso señaló que el árbitro “reúne las características pactadas en el compromiso arbitral”.¹⁹
- Conforme al artículo 11 del Reglamento de Arbitraje, las partes tienen derecho a recusar a los árbitros por falta de independencia o por cualquier otro motivo.²⁰ Asimismo, conforme al referido artículo 33, las partes tienen derecho a objetar cualquier incumplimiento relacionado con la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, las partes continuaron con el arbitraje, sin recusar a los árbitros y sin objetar la constitución del tribunal arbitral.²¹

C) Nulidad del laudo

- El laudo que se dictó en el arbitraje fue anulado por el Juez 63 de lo Civil en el Distrito Federal (Juez Civil),²² aplicando el artículo 1457, fracción I, inciso d) del Código de Comercio. Ese artículo establece que: “Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando: I. La parte que intente la acción pruebe que: ...d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes...”
- Sin haber sido alegado por las partes en el procedimiento de nulidad,²³ dicho Juez consideró que: “al tener a la vista el Laudo Arbitral [...] se observa que la composición del Tribunal Arbitral no se encuentra apegado a la Cláusula Vigésima Octava inciso (ii) ya que literalmente se establece que “los árbitros deberán ser expertos en la materia en cuestión...” significando para el suscrito que si la celebración de un Contrato de Prestación de Servicios de Producción de Noticiarios, Programas Informativos y Eventos Especiales debe ser arbitrado por juristas especializados o especialista en la Materia de Comunicación y Medios de Difusión,

¹⁸ Laudo citado, p. 2.

¹⁹ Esta transcripción se lee en las pp. 33 - 34 de la demanda de nulidad presentada por GRC, fechada el 6 de agosto de 2004, www.grupomonitor.com.mx.

²⁰ El artículo 11 del Reglamento de Arbitraje establece lo siguiente:

“1. La demanda de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha demanda.

2. Para que sea admisible, la demanda de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su demanda, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación.

3. La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiere lugar a ello, sobre el fondo de la demanda de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros.”

²¹ Constancia expedida por la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje de fecha 7 de abril de 2006, www.grupomonitor.com.mx.

²² Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2004, dictada en el expediente número 645/04, seguido por GRC en contra de José Elías Gutiérrez Vivó y otros, www.grupomonitor.com.mx.

²³ En el procedimiento de nulidad GRC mencionó que los árbitros no eran expertos en la materia, pero lo hizo para inconformarse porque éstos no habían designado peritos en discordia en las materias de radio y contabilidad. En dicho procedimiento GRC no alegó que se había violado el acuerdo de arbitraje porque los árbitros carecían de las cualidades convenidas. Sentencia citada de fecha 10 de noviembre de 2004 y Memorando de puntos relevantes de la controversia entre Infored y Grupo Radio Centro, entregado a los Magistrados del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Distrito Federal, p. 4.

lo que no ocurrió en el presente negocio, ya que se observa que se designó a distinguidos y reconocidos juristas que integraron en número de tres el Tribunal Arbitral...”²⁴

D) Juicio de amparo

- En contra de la sentencia que declaró la nulidad del laudo se interpuso demanda de amparo indirecto, de la cual conoció el Juez Sexto de Distrito (Juez de Distrito).²⁵
- En ese procedimiento, GRC alegó que el tribunal arbitral había sido integrado en contravención del acuerdo de arbitraje, puesto que los árbitros, no eran expertos en radio y comunicación. Por su parte, Infored alegó que: (i) GRC había participado en la integración del tribunal arbitral; (ii) había designado al árbitro que le correspondía; (iii) no había recusado a ninguno de los árbitros; (iv) había dado cumplimiento al acta de misión; y (v) no había objetado el procedimiento de arbitraje en términos del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje.²⁶
- El Juez de Distrito concedió el amparo a Infored por considerar entre otros que: “cualquier inconformidad de las partes relacionada con la pretendida falta de pericia de los árbitros para resolver la controversia sometida a su potestad, debe ser planteada en el curso del procedimiento arbitral, atendiendo en su caso, a las específicas disposiciones que en cuanto a tiempo y forma prevé el Reglamento de Arbitraje...”²⁷

E) Recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado

- En contra de la decisión anterior, GRC interpuso recurso de revisión, del que conoció el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil en el Distrito Federal (Tribunal Colegiado).²⁸ Por su parte, Infored presentó recurso de revisión adhesiva.²⁹
- Los argumentos de las partes en relación con la integración del tribunal arbitral fueron prácticamente los mismos que en hicieron valer en el amparo.
- Fundando su decisión en cuestiones meramente procesales, relativas a la procedencia de la vía del juicio de amparo,³⁰ el Tribunal Colegiado confirmó la sentencia que resolvió sobre la nulidad del laudo.³¹

F) Remisión a la SCJN

- Inconforme con la sentencia anterior, Infored interpuso recurso de revisión y el Tribunal Colegiado remitió los autos a la SCJN, para que el Pleno resolviera si la sentencia que declaró la nulidad del laudo constituye una sentencia definitiva para efectos del amparo, y si debido a ello contra ésta procedía el amparo directo o, si por el contrario, dada la naturaleza jurídica del arbitraje y de la propia resolución que declaró la nulidad del laudo, procede el amparo indirecto.

²⁴ Considerando Quinto de la Sentencia arriba citada, pp. 22 - 23.

²⁵ www.grupomonitor.com.mx.

²⁶ Sentencia de fecha 12 de mayo de 2005, dictada en el expediente número 137/2005.II, www.grupomonitor.com.mx.

²⁷ Considerando Tercero de la señalada Sentencia de fecha 12 de mayo de 2005, pp. 101.

²⁸ Recurso de revisión presentado por GRC, fechado el 25 de agosto de 2005, www.grupomonitor.com.mx.

²⁹ Escrito de fecha 6 de septiembre de 2005.

³⁰ El Tribunal Colegiado consideró que el juicio debía tramitarse como amparo directo.

³¹ Sentencia de fecha 8 de junio de 2006, dictada en el expediente R.C. 311/2005-13, www.grupomonitor.com.mx.

Cabe señalar que por la importancia del asunto y de las partes involucradas, se planteó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) atrajera el caso para que lo resolviera. Sin embargo, la SCJN determinó no atraerlo.

- Al respecto, el Pleno de la SCJN decidió que contra la resolución dictada en un incidente de laudo arbitral procede el amparo indirecto, por lo que devolvió los autos al Tribunal Colegiado para que resuelva sobre los recursos de revisión interpuestos por GRC e Infored.

G) Resolución del Tribunal Colegiado

- En la sentencia de fecha 11 de junio de 2008, el Tribunal Colegiado concedió el amparo a Infored, con lo que se confirmó la validez del laudo rendido en el arbitraje.³²

4. Renuncia del derecho a objetar en el caso Infored

En el caso Infored, ambas partes intervinieron en la integración del tribunal arbitral y designaron a esos árbitros por considerar que eran “expertos en la materia”; de lo contrario, la designación hubiera recaído en personas distintas. Asimismo, en el supuesto de que los árbitros no hubieran reunido las calidades necesarias para resolver la controversia, las partes tenían en el derecho de recusarlos o de objetar la constitución del tribunal arbitral.³³ Sin embargo, GRC no hizo valer estos derechos y continuó con el arbitraje.

Según el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje, al haber continuado con el arbitraje, sin objetar la supuesta irregularidad en la integración del tribunal arbitral, GRC renunció a su derecho a hacerlo en el futuro, esto es, tanto en fases subsecuentes del arbitraje, como en cualquier procedimiento judicial.³⁴ Por esta razón, los argumentos de GRC sobre la falta de experiencia de los árbitros en materia de radio y comunicación, en los procedimientos judiciales relativos a la nulidad del laudo, no debieron de haber sido considerados por los tribunales judiciales.³⁵ Incluso como se señaló, así lo han hecho otros tribunales judiciales, en los casos en que la parte vencida ilegítimamente trató de hacer valer cuestiones procesales o relativas a la constitución del tribunal arbitral, habiendo perdido su derecho para hacerlo.³⁶

5. Fuentes consultadas

Black’s Law Dictionary, 6ª ed. abreviada, West Publishing Co., Estados Unidos de Norteamérica, 1991.

BLESSING, Marc, Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives, (Introducción al arbitraje - perspectiva suiza e internacional), Helbing & Lichtenhahn, Suiza, 1999.

Case Law on UNCITRAL Texts, (Sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI), www.uncitral.org

DERAINS, Yves, y SCHWARTZ, Eric A. El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Oxford University Press, México, 2001.

³² Sentencia de fecha 11 de junio de 2008, dictada en el expediente R.C. 311/2005-13.

³³ Artículos 11 y 33 del Reglamento de Arbitraje.

³⁴ Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., obra citada, p. 200.

³⁵ Por no ser materia de este análisis no se desarrolló, pero además de lo anterior, el Juez Civil tampoco debió haber fundado la nulidad del laudo en que supuestamente los árbitros no eran “expertos en la materia”, ya que por ser procedimientos de escrito de derecho, la legislación mexicana no prevé la suplencia de la queja en procedimientos del orden civil y mercantil.

³⁶ Véanse los casos CLOUT comentados en el apartado 2 de este análisis.

Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations, (Glosario de términos y abreviaturas de arbitraje y ADR), 2º ed., Asociación Suiza de Arbitraje, ASA Special Series, núm. 27, Suiza, 2006.

Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., A Guide To The Uncitral Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History And Commentary, (Una guía a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: historia legislativa y comentario), Kluwer Law and Taxation Publishers, Países Bajos, 1989.

Grupo Monitor, www.grupomonitor.com.mx

LA CRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDO, Francisco de Asís y otros, Derecho de las Obligaciones, Vol. I, 3º ed., José María Bosch Editor, España, 1994.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Porrúa, México, 1998.

SANDERS, Pieter, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, (Comentario sobre el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL), Yearbook Commercial Arbitration, Volumen II - 1997, Kluwer, Países Bajos, 1997.

-----, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, (El trabajo de la CNUDMI en material de arbitraje y conciliación) 2º ed., Kluwer Law International, Países Bajos, 2004.

SCHÄFER, Erik, VERBIST, Herman, e IMHOOS, Christophe, ICC Arbitration in Practice, (El arbitraje de la CCI en la práctica), Kluwer Law International, Países Bajos, 2005.